

I. rel.

1384

Tur. rel.

Schindler

1384

<36637665570012

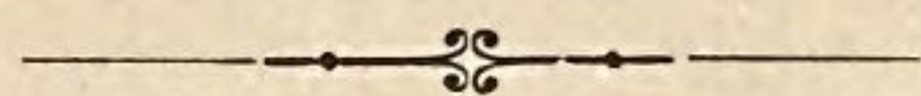
<36637665570012

Bayer. Staatsbibliothek

(Ueber das
R ü c k t r i t t s r e c h t
bei zweiseitigen Schuldverträgen

nach Art. 122—125

des eidgenössischen Obligationen-Rechtes.

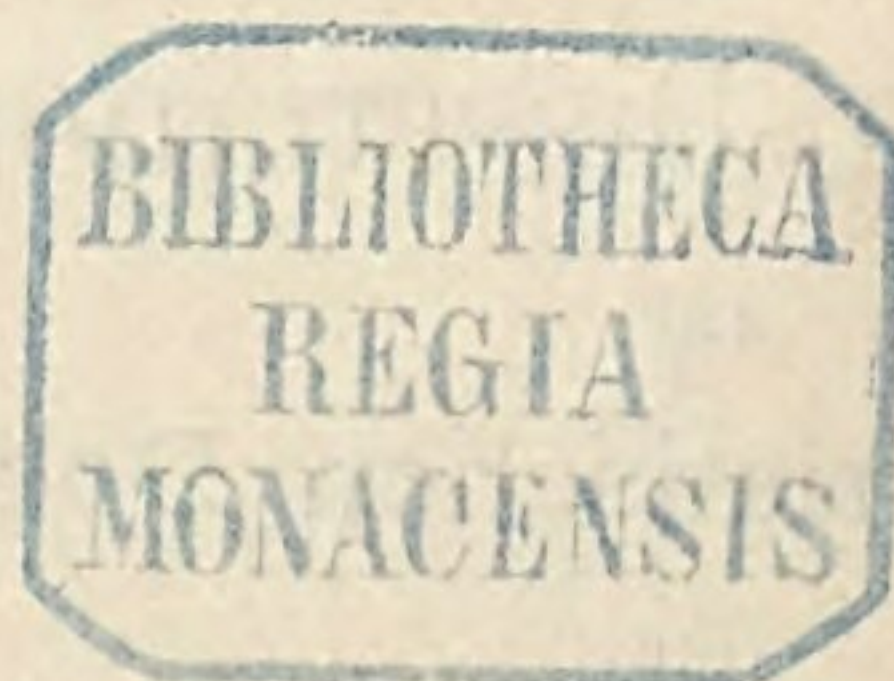


Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde
der
hohen staatswissenschaftlichen Facultät
der
Universität Zürich

vorgelegt von
FRIDOLIN SCHINDLER
von Mollis.



ZÜRICH
Druck von ORELL FÜSSLI & Co.
1886



Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn

Prof. Dr. J. JAKOB TREICHLER

in

aufrichtigster Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Simon Schuster's Library

1911

Prof. Dr. J. Jakob Freiwiler

Mathematisches Institut

Basel

1911

Ueber das

Rücktrittsrecht

bei zweiseitigen Schuldverträgen

nach Art. 122—125 des eidgen. Oblig.-Rechts.

Einleitung.

Zu den eingreifendsten Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts gehören unzweifelhaft die Art. 122—125, welche folgendermassen lauten:

„Art. 122. Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen, oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen, mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei.“

„Art. 123. Ergibt sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll, so gibt die Nichterfüllung des Vertrages zur oder bis zur bestimmten Zeit dem andern Teile das Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten.“

„Art. 124. In den Fällen der Art. 122 und 123 kann der vom Vertrage Zurücktretende das von seiner Seite Geleistete zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.“

„Art. 125. Wenn in Folge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist, so kann dieser die Annahme verweigern, die Gegenleistung zurückbehalten, oder, wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.“

Diese Artikel ermöglichen unter bestimmten Voraussetzungen den einseitigen Rücktritt von zweiseitigen Verträgen. Sie enthalten wol für alle Kantone in grösserm oder geringerem Umfange neues Recht. Das gilt selbst von denjenigen, in welchen der Art. 1184 des *Code civil* entweder unverändert oder modificirt recipirt wurde.¹⁾ Derselbe lautet:

Code civil. Art. 1184: „*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein*

¹⁾ Genève, Jura bernois; vrgl. Neuchâtel 964, Vaud 880, Fribourg 470 (mod.), Tessin 581 (mod.).

Graubünden Art. 340: War für die Leistung eine bestimmte Zeit bedungen, so braucht der Berechtigte nach Verfluss der letztern die Leistung nicht mehr anzunehmen und kann unter dieser Voraussetzung in Folge der Verspätung von dem Vertrage zurücktreten. — War dagegen für die Leistung keine bestimmte Zeit bedungen, so kann er, wenn dieselbe verzögert wird, auf Anberaumung einer den Umständen angemessenen Notfrist durch den Kreispräsidenten unter Androhung des Rücktrittes abstellen. — Im Falle des berechtigten Rücktrittes kann er das allfällig von ihm schon Geleistete beziehungsweise dessen Werth zurückfordern, hat jedoch, wenn die Leistung des Verpflichteten teilweise schon erfolgt war, soweit er dadurch bereichert ist, ihm dieselbe zu vergüten. Jedenfalls bleibt dem zum Rücktritt Berechtigten die Schadensersatzforderung vorbehalten. (Näheres bei v. Planta, Commentar zum Civ.-Ges.-Buch v. Graub.).

droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.“

Geradezu in Widerspruch stehen die Art. 122—125 zu den privatrechtlichen Gesetzen derjenigen Kantone, welche sich an das österreichische bürgerliche Gesetzbuch anlehnen.²⁾ Es erscheint daher gerechtfertigt, jene neuen Bestimmungen über den Rücktritt von zweiseitigen Verträgen einer nähern Betrachtung zu unterziehen. Wir werden zuerst untersuchen, von welchen Voraussetzungen sie das Recht zum Rücktritte abhängig machen; sodann werden wir die Wirkungen des Rücktrittes erörtern, und endlich zu zeigen versuchen, wie das O.-R. ihre Anwendung auf die einzelnen Vertragsarten geregelt hat. Die fremden Gesetzgebungen, namentlich den *Code civil* und das Deutsche Handelsgesetzbuch, werden wir nur soweit zur Vergleichung heranziehen, als es zur Erläuterung unseres Rechtes nötig erscheint.

²⁾ Vergl. Östr. Bürg. Ges. 919; Bern 705; Luzern 555; Solothurn 1043.



I. Teil.

Die Voraussetzungen des Rücktritts.

Die Art. 122—125 des O.-R. beziehen sich nur auf Vertragsobligationen; sie finden keine Anwendung auf Forderungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus Delikten, aus ungerechtfertigter Bereicherung u. s. w. Im Uebrigen unterscheiden sie drei Fälle, in denen eine Partei von einem Vertrage zurücktreten kann. In allen drei Fällen wird vorausgesetzt: 1) dass der Vertrag ein zweiseitiger sei, 2) dass eine Partei mit der Erfüllung ihrer Leistung sich im Verzuge befinde. Die andere darf dann vom Vertrage zurücktreten, wenn die Parteien ihn als Fixgeschäft abgeschlossen (Art. 123), oder wenn die Leistung durch den Verzug nutzlos geworden ist (Art. 125) oder, in allen andern Fällen, wenn dem Säumigen der Rücktritt in gesetzlich vorgeschriebener Weise angedroht wurde. (Mahngeschäft, Art. 122.) Diese Voraussetzungen werden uns nun in den ersten fünf Paragraphen beschäftigen.

§ 1.

Die Zweiseitigkeit des Vertrages.

Der Vertrag, von welchem die eine Partei auf Grund der Art. 122—125 zurücktreten kann, muss, wie Art. 122 ausdrücklich sagt, ein zweiseitiger sein. Eine gesetzliche Definition

des zweiseitigen Vertrages¹⁾ gibt das O.-R. nicht. Dagegen erwähnt es denselben noch in den Art. 95 und 145. Auf Grund dieser Artikel sagt S c h n e i d e r im Kommentar zum O.-R.²⁾: „Ein zweiseitiger Vertrag ist ein Vertrag, welcher beiden Parteien Leistungen auferlegt.“ Diese Definition steht mit den angeführten Artikeln soweit im Einklang, als aus allen eine Verpflichtung beider Parteien notwendig hervorgeht. Im Sinne des Art. 95 können die Parteien einen Vertrag nur dann beidseitig erfüllen, wenn er beiden Leistungen auferlegt. Damit nach Art. 122 ein Kontrahent in Verzug kommen kann³⁾, muss er unzweifelhaft etwas zu leisten schuldig sein, und aus Art. 124 (— kann das von seiner Seite Geleistete zurückfordern —) erhellt, dass auch der vom Vertrage Zurücktretende dem andern verpflichtet war. Die erwähnte Definition erscheint uns jedoch zu weit im Hinblick auf den genauen Wortlaut der Art. 125 und 145. Hier ist nämlich nicht schlechthin von Leistungen beider Parteien die Rede, sondern von L e i s t u n g und G e g e n l e i s t u n g. Art. 125 spricht von einer Gegenleistung zu einer nutzlos gewordenen Leistung. Art. 145 von einer bereits empfangenen Gegenleistung zu einer unmöglich gewordenen Leistung. Und nur dann, wenn die beidseitigen Ansprüche sich als Leistung und Gegenleistung kennzeichnen lassen, liegt ein zweiseitiger Vertrag im Sinne des O.-R. und der Art. 122—124 vor. — Wir werden im dritten Teile erörtern, bei welchen Vertragsarten diese Voraussetzung im einzelnen zutrifft. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob die zwei-

¹⁾ Wie z. B. Code civil, Art. 1102, Sachsen 785, Österr. 864.

²⁾ S c h n e i d e r, Kommentar, Art. 95, Anm. 1. (Künftig nur als „Kommentar“ zitiert.)

³⁾ Art. 122 spricht u. E. nur von *mora debitoris*. Darüber s. im § 2.

seitigen Verträge des O.-R. mit den *contrats commutatifs*⁴⁾ des französischen Rechts identisch sind oder nicht. Keinem Zweifel aber unterliegt, dass es keineswegs zum Begriffe des zweiseitigen Vertrages gehört, dass die beiderseitigen Verpflichtungen auch gleichzeitig erfüllt werden sollen. So kann ein Kaufvertrag geschlossen werden als Baarkauf — beide Parteien haben sofort zu leisten — als Kreditkauf — der Verkäufer erfüllt zuerst, der Käufer zahlt erst später —, als Pränumerationskauf — der Käufer zahlt zuerst den Preis, dann erst überträgt der Verkäufer die Waare. Alle diese Modalitäten sind zulässig, ohne dass der Kaufvertrag deshalb aufhörte, ein zweiseitiger Vertrag zu sein. Indess sind diese Modalitäten nicht bei allen zweiseitigen Verträgen denkbar. Wenn die Leistung der einen Partei nicht in einem Zeitpunkt, sondern nur in einem gewissen Zeitraum möglich ist, so kann eine Erfüllung Zug um Zug nicht bewerkstelligt werden. In diesem Falle bestimmt in erster Linie der Vertrag, in zweiter Linie das Gesetz, welcher der beiden Kontrahenten zuerst seine Leistung zu machen habe, und es lassen sich z. B. bei der Miete beide Fälle denken — Vorausbezahlung des Mietpreises wie dessen Nachbezahlung.

Ueber das Verhältnis der beidseitigen Verpflichtungen zu einander sagt Art. 95 des O.-R.: „Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den andern Teil zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, ausser wenn er nach dem Inhalte des Geschäftes erst später zu erfüllen hat.“ Hafner⁵⁾ spricht in Rücksicht auf diesen

⁴⁾ Vrgl. C. c., Art. 1104: (*Le contrat*) *est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.*

Darüber Aubry et Rau, Cours de droit civil, tome IV, § 341, p. 286. Laurent, Principes de droit civil, t. XV, No. 431 ss.

⁵⁾ Hafner, Das S. O.-R. ad Art. 171, Anm. 2.

Artikel von gegenseitiger Bedingtheit der Leistungen aus zweiseitigen Verträgen. Das französische Recht entwickelt das Recht zum Rücktritte von einem zweiseitigen Vertrag aus der Theorie von den Bedingungen. Das O.-R. hat sich dieser Behandlung der Sache nicht angeschlossen, obschon es den Inhalt von Art. 1184 ⁶⁾ *Code civil* in der Hauptsache in sich aufnahm. ⁷⁾

§ 2.

Der Verzug des einen Kontrahenten.

Das O.-R. reiht die Bestimmungen über den Rücktritt von einem zweiseitigen Verträge unter dem Titel „Folgen der Nichterfüllung“ an die Artikel über den Verzug und dessen Folgen an, Art. 110 resp. 117 u. fgde. Die Art. 122 und 125 machen den Verzug einer Partei ausdrücklich zur Voraussetzung des Rücktrittsrechts.

Dieser „Verzug“ ist unseres Erachtens bloss Verzug des Schuldners, *mora solvendi*, nicht auch *mora accipiendi*. Für den Art. 125 ist dies durch den Text ausdrücklich festgestellt. Zweifelhaft dagegen kann es für den Art. 122 sein. „Verzug“ im weitern Sinne ist nicht nur von Seite des Schuldners, sondern auch auf Seite des Gläubigers, der die Leistung entgegennehmen soll, möglich; Art. 106 des O.-R. kennt wirklich einen Verzug des Gläubigers. Allein die Stellung des Art. 122 im O.-R., sowie der Umstand, dass nur Verzug in der Leistung der einen Partei der andern den Rücktritt vom Verträge wünschenswert macht, berechtigen uns, als Voraussetzung für den Rücktritt vom Verträge den Verzug

⁶⁾ Wortlt s. Einltg.

⁷⁾ Ueber die rechtliche Natur der synallagmatischen Geschäfte siehe namentlich Dernburg, Pandekten, II. S. 53. § 19—21.

einer Partei im Leisten, *mora solvendi*, zu betrachten. Gerät ein Kontrahent mit Annahme der angebotenen Leistung in Verzug, so kann der andere im Sinne der Art. 106 und folgende vorgehen, und sich dadurch genügend sichern. Ist aber, wie es oft vorkommt, der Verzug in der Entgegennahme von Verzug der eigenen Leistung begleitet, so fällt letzterer allein in Betracht, soweit die Anwendung von Art. 122 in Frage kommt.¹⁾

Weit zweifelhafter ist, was das O.-R. unter „Verzug“ im Sinne der Art. 117—125²⁾ verstehe.

Der Ausgangspunkt für die Lehre vom Verzug nach dem O.-R. ist Art. 117. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Dieser Satz knüpft den Verzug an zwei Voraussetzungen, nämlich:

1. an die Fälligkeit der Forderung.
2. an eine Mahnung des Gläubigers.

1. Die Forderung muss eine fällige sein. Der Gläubiger muss ihre sofortige Erfüllung verlangen können. Die Fälligkeit richtet sich bald nach Art. 86 allein, bald nach Art. 95 in Verbindung mit ersterm.

a) Bei denjenigen zweiseitigen Verträgen, in denen der Wille der Parteien oder die Natur des Geschäftes Vorleistung des einen Kontrahenten verlangt, richtet sich die Fälligkeit dieser Vorleistung ganz nach Art. 86, ohne Rücksicht auf die Gegenleistung.

¹⁾ C. c. 1184 spricht nur von Nichterfüllung des Vertrages. Darin ist allerdings auch die *mora accipiendi* inbegriffen, wie Theorie und Praxis (z. B. Dalloz, Recueil 1850, II., p. 50) zeigen. Für die Auslegung des O.-R. ist dies nicht massgebend.

²⁾ Vogt, Leichtfassliche Anleitung, Nr. 39: „Diese Lehre, an sich eine der schwierigsten, ist im O.-R. meines Er. nicht durchdacht.“ — Wir können diese Frage hier nicht erschöpfend behandeln.

b) Wo beide Parteien gleichzeitig erfüllen sollen, wird jede Leistung erst dann fällig, wenn einer Klage auf Erfüllung nicht mehr die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegensteht (Art. 95), d. h. die Fälligkeit je der einen Forderung ist durch Erfüllung, wenigstens durch Erfüllungsofferte in Beziehung auf die andere bedingt.

c) Wo Vorleistung von der einen, Nachleistung von der andern Seite erfolgen soll, wird letztere erst fällig, wenn die Vorleistung erfolgt ist.

2. Ist eine Leistung aus zweiseitigem Vertrage in diesem Sinne fällig, so setzt eine *Mahnung* des andern Kontrahenten den zögernden in Verzug (Art. 117, Al. 1). Eine Mahnung ist nicht erforderlich, wo für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 117, Al. 2). Mit Ablauf des Tages kommt der Schuldner ohne weiteres in Verzug.

Art. 123 kann überhaupt nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein solcher Verfalltag verabredet ist.³⁾ Art. 123 selbst spricht nicht von Verzug einer Partei; aber sein Inhalt zeigt deutlich, dass dieser auch hier Voraussetzung für den Rücktritt der andern ist.

Eine Mahnung ist dagegen in allen Fällen erforderlich, wo Art. 117, Al. 2 nicht zutrifft. Dies ist in Beziehung auf den Verzug der Art. 122 und 125 bestritten worden.⁴⁾ Allein:

a) Aus dem Texte erhellt nirgends deutlich, dass zwischen dem Verzuge in Art. 117 einerseits und demjenigen von 122 und 125 andererseits ein Unterschied besteht. Auf Grund der

³⁾ Ueber die Zeitbestimmung nach Art. 123, Fixgeschäft, s. § 3.

⁴⁾ Vogt, leichtfassliche Anleitung, Nr. 44, 1 scheint die bloss faktische *mora* als diejenige der Art. 122 und 125 zu betrachten, während er ihr die *mora* von Art. 117 als juristisch relevante entgegenstellt.

Art und Weise, wie nach Art. 122 das Recht des Rücktritts vom Vertrage durch den nichtsäumigen Kontrahenten geltend gemacht werden muss, will Vogt im Verzuge des Art. 122 eine *bloße Verzögerung* und keinen richtigen *Verzug* (im technischen Sinne) erkennen.

Auf jeden Fall läge dann ein Mangel der Redaktion des Gesetzes vor, und zwar in allen drei Sprachen. Nun hat sich aber das Gesetz da, wo es offenbar nicht von *Verzug*, sondern nur von *Verzögerung* reden will, anderer unzweideutiger Ausdrücke bedient. Art. 287 spricht z. B. vom Falle, wo der Mieter mit der Zinszahlung im *Rückstande* bleibt; Art. 354 davon, dass der Unternehmer die Ausführung des Werkes *verzögert*, mit derselben im *Rückstande* ist.

b) Der „*Verzug*“ in Art. 125 bedeutet also nicht *bloße „Verzögerung“*, sondern wirklichen *Verzug*. Es läge in dem Gesamtinhalte des Artikels eine grosse Härte und Unbilligkeit, wenn man einfach an eine nach Fälligkeit der Leistung eingetretene Nutzlosigkeit derselben (s. unten § 4) den Rücktritt knüpfen würde. Art. 122 darf nun aber auch nicht vom technischen Begriffe des *Verzuges* abweichen, den Art. 125 festhält.

Zur Herbeiführung des *Verzuges* bedarf es somit überall da einer Mahnung, wo dieselbe nicht durch Verabredung eines Verfalltages oder Fixirung eines solchen durch vorbehaltene und gehörig vorgenommene Kündigung überflüssig gemacht wird. Wo man die Umständlichkeiten, die aus der Notwendigkeit einer Mahnung erwachsen, vermeiden will, setzt man am besten einen Termin zur Vertragserfüllung im Vertrage selbst fest, so oft die Zeit derselben von Bedeutung ist.

3. Im gemeinen deutschen Rechte ist es bestritten, ob der „*Verzug*“ ausser den beiden erwähnten Erfordernissen (s. Ziff. 1 u. 2 dieses §) noch als drittes ein *Verschulden* des säumigen Schuldners voraussetze. Die herrschende Ansicht

spricht sich für die Notwendigkeit dieses Erfordernisses aus,⁵⁾ und Vogt schliesst sich für das O.-R. dieser Theorie an,⁶⁾ obgleich er durch den Text einiger Artikel genötigt wird, dem Worte „Verzug“ eine doppelte Bedeutung beizulegen.⁷⁾ Der Kommentar scheint anzunehmen, dass das O.-R. wenigstens teilweise an den drei Merkmalen der *mora* festgehalten habe.⁸⁾ Nach unserer Ansicht gestaltet sich die Sache wie folgt:

a) Für den Begriff des Verzuges im O.-R. ist Art. 117 allein massgebend; dieser sagt von einem Verschulden des säumigen Schuldners kein Wort. Allerdings regelt Art. 110 allgemein die Nichterfüllung des Vertrages und deren Folgen, den Anspruch auf Schadenersatz, und macht diesen von einem Verschulden des Schuldners abhängig. Auch vom Schadenersatz wegen zu später Erfüllung kann sich der Schuldner durch den Beweis befreien, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Allein Art. 110 kommt bei der Auslegung von Art. 117 nicht in Berücksichtigung. Der Verzug hat, ganz abgesehen von einer Schadenersatzforderung, seine besondern Folgen, welche von dem Principe des Art. 110 nicht beeinflusst werden. Diese Folgen der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages in Beziehung auf die Zeit derselben macht das O.-R. von einer Mahnung, einem besondern Rechtsakte abhängig, nimmt aber auf das Ver-

⁵⁾ Windscheid, Pand. § 277 stellt etwas genauer vier Voraussetzungen auf, die aber inhaltlich mit den angegebenen übereinstimmen. Dernburg, Pand. II. S. 105 ff. § 40.

⁶⁾ Leichtfassliche Anltg. Nr. 39, Nr. 44.

⁷⁾ eod. a) die bloss faktische, unverschuldete, unentschuld-
bare *mora*.

b) die juristisch relevante, zu Entschädigungsforderungen füh-
rende *mora*.

⁸⁾ Com. Art. 117, Nr. 5: indem das O.-R. bald ein Verschulden ver-
lange (Art. 118), bald nicht (Art. 119).

schulden keine Rücksicht, wo nicht spezielle Artikel etwas anderes bestimmen.

b) Wo beim Verzuge das Verschulden des Schuldners, wie in Art. 110, in Betracht kommen soll, sagt es das O.-R. ausdrücklich, z. B. in Art. 118. Darin liegt ein *argumentum (a contrario)* zu Gunsten unserer Ansicht, dass der Verzug des O.-R., auf Art. 117 beruhend, das Erforderniss des Verschuldens nicht kennt.

c) Auch der Umstand, dass der Schuldner erst durch eine Mahnung in Verzug gesetzt wird, ist kein Beweis für die bestrittene Ansicht. Wenn die Mahnung die geschuldete Leistung rasch herbeiführen soll, so hat sie allerdings nur dann einen Sinn, wenn es am Willen des Schuldners liegt, dass sie nicht erfüllt wird. Dies ist aber keineswegs der Zweck der Mahnung. Sie ist in allen Fällen der Rechtsakt, durch welchen der Gläubiger eine bloße Verzögerung des Schuldners in den rechtlich relevanten Verzug verwandelt. Ist die Leistung absolut unmöglich, so gilt Art. 145; bei bloss relativer, subjektiver Unmöglichkeit der richtigen Erfüllung hat die Mahnung ihre volle Wirkung.

d) Ein direkter Beweis für unsere Ansicht, dass nach dem O.-R. der Verzug ohne Verschulden des Schuldners eintritt, liegt in Art. 119; dieser lässt die Schuldfrage ganz ausser Acht, und wird merkwürdiger Weise auch von Vogt dahin ausgelegt, dass Verzugszinsen in jedem Falle zu bezahlen seien, — und zwar auf Grund der Präsumpion, dass bei Nichtzahlung von Geldschulden stets *culpa* vorliege.⁹⁾ Da das O.-R. von einer solchen Vermutung nichts sagt, dürfen wir darauf keine Rück-

⁹⁾ V o g t. L. A. No. 40 b.

Wir verwerfen eine derartige Präsumpion und werden sie künftig nur da berücksichtigen, wo wir uns auf den Standpunkt V o g t's stellen müssen.

sicht nehmen. Indem Vogt zugibt, dass in Art. 119 die *culpa* ausser Betracht fällt, hätte er dies folgerichtig auch für Art. 117, für den Begriff des Verzuges, anerkennen müssen.

e) Einen weitem Beweis für unsere Ansicht finden wir in den Art. 122—125 selbst. — Wenn wirklich Art. 123 einen Fall des Verzuges in sich schliesst, so bleibt wenigstens in diesem Falle (lt. Text) die Frage nach der *culpa* einer Partei gänzlich ausser Betracht. — Wollte man trotz des bisher Gesagten an dem bekämpften Begriffe des Verzuges festhalten, so erhielte man durch eine Kombination von Art. 110, 117, 120 mit 121 und 125 folgendes:

Der säumige Kontrahent versucht die Folgen des Verzuges (— also auch den Rücktritt des andern Theiles —) durch den Entlastungsbeweis von Art. 110 und 118 abzuwenden. Er misslingt ihm. — Nun verlangt der Zurücktretende noch Schadenersatz; der Schuldbeweis, gefordert durch Art. 124, misslingt ebenfalls. So würde sich in der nämlichen Sache ein arger Widerspruch ergeben. Dies kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Es wollte entweder dem Säumigen den Entlastungsbeweis gestatten, oder dem Rücktretenden den Belastungsbeweis aufbürden. Es wählte für die Schadenersatzklage, welche zum Rücktritt hinzutritt, den letztern Weg und desshalb musste es den Rücktritt selbst vom Verschulden des säumigen Theils unabhängig machen. Der Verzug im Sinne von Art. 122 und 125 setzt also ein Verschulden nicht voraus. Damit stimmt alles überein, was wir schon über den Verzug gesagt haben:

Fälligkeit der Leistung, und Mahnung, resp. der Ablauf des verabredeten Verfalltages bewirken ihn; das Verschulden ist dabei gleichgültig, in Art. 117 wie in Art. 122 und 125.

Damit allein fällt auch die Behauptung Vogt's dahin (s. Ziffer 2 und 3, Vogt No. 39 und 44), dass das O.-R. einen doppelten Begriff des Verzuges kenne.

Dagegen verknüpft das O.-R. allerdings gewisse besondere Folgen mit einem allfälligen Verschulden beim Verzuge. Man muss also unterscheiden:¹⁰⁾

a. Durch blossen Verzug des Schuldners wird dieser zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet (Art. 119) und bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen erhält der nichtsäumige Kontrahent das Recht zum Rücktritt vom Vertrage, sofern noch eine der andern oben (Einltg. d. I. Teils) angedeuteten Voraussetzungen erfüllt ist (Art. 122—125).¹¹⁾

b. Haftung für den Zufall (Art. 118) und (bei Nichtauflösung des Vertrages) Schadenersatzpflicht wegen verspäteter Leistung (Art. 110, 116) tritt nur ein, sofern der säumige Teil nicht beweisen kann, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten sei.

c. Schadenersatz über die Verzugszinsen hinaus (Art. 121) und Schadenersatz bei Auflösung des Vertrages (Art. 124 und 125) kann der nichtsäumige Teil nur fordern, wenn er beweist, dass der Säumige durch sein Verschulden in Verzug geriet.

Für die Lehre vom Rücktritt haben die Punkte a und c besondere Wichtigkeit; wir werden darauf im zweiten Teile zurückkommen.

Das französische Recht macht die Auflösung eines zweiseitigen Vertrages nicht vom Verzuge einer Partei abhängig, sondern von der Nichterfüllung des Vertrages im Allgemeinen. Aber ganz im Sinne dessen, was wir oben erörtert haben, stimmen der Text von *Code c.*, Art. 1184, Theorie und Praxis¹²⁾ darin

¹⁰⁾ Das O.-R. kennt überhaupt keine Folge des Verzuges, welche in allen Fällen eintritt, sondern man hat für jeden einzelnen Fall des Verzuges zu untersuchen, welche Folgen derselbe habe.

¹¹⁾ Damit stimmen auch Vogt, No. 436, und der Kommentar, Art. 122, Al. 2, überein.

¹²⁾ Demolombe, Cours de Code Nap. t. XXV, No. 497.

Laurent, Principes XVII, No. 124.

überein, dass die Auflösung des Vertrages ohne Rücksicht auf irgend welches Verschulden des nichterfüllenden Teils eintreten kann.

Damit haben wir (in §§ 1 und 2) dargelegt, was die Art. 122 bis 125 gemeinsam zur Auflösung des Vertrages erfordern. Welche Erfordernisse dazu die einzelnen Artikel aufstellen, werden wir in den nächsten Paragraphen erörtern.

§ 3.

Das Fixgeschäft. Art. 123.

Die Verabredung, durch welche eine Partei berechtigt wird, einen Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln, falls die andere ihre Verbindlichkeit aus demselben nicht rechtzeitig erfüllt, heisst *lex commissoria*, Verfallvertrag. Verzögert eine Partei die schuldige Leistung, so hängt es von der berechtigten ab, das Geschäft aufzuheben oder Nachleistung zu fordern. Diese Nebenverabredung, in den römischen Quellen nur beim Kaufe erwähnt, aber gleicher Weise auch bei andern gegenseitigen Verträgen möglich, erscheint und wirkt, wo sie zur Anwendung kommt, als auflösende Bedingung.¹⁾ Die französische Praxis vermutete in jedem zweiseitigen Vertrag eine stillschweigend abgeschlossene, aber in ihrer Wirkung geschwächte *lex commissoria*,²⁾ Art. 1184 hat darin seinen Ursprung; gerade desshalb erscheint es sehr bestritten, wie und ob der *pacte comissoire* mit Art. 1184, oder einfach mit Art. 1183 in Ver-

¹⁾ Windscheid, Pand. § 249. (Auf das Verbot der *lex commissoria* bei der Verpfändung nimmt W. hier keine Rücksicht.)

²⁾ Pothier, Traité du contrat de vente, No. 476. Demolombe XXV, No. 494.

bindung zu bringen sei.³⁾ Das schweizerische R. hat eine derartige Entwicklung nicht durchgemacht. Jeder Verfallvertrag wirkt so, wie ihn die Parteien vereinbart haben. Diese können die Auflösung des Geschäftes an den blossen Verzug, wie an andere Arten nicht gehöriger Erfüllung knüpfen, und ein Unterschied von einer auflösenden Bedingung liegt nur darin, dass die berechnigte Partei gewöhnlich die Wahl zwischen Auflösung und nachträglicher Erfüllung hat. Es gibt nun Fälle, in denen das O.-R. einen Vertrag so behandelt, wie wenn derselbe unter einer solchen *lex commissoria* abgeschlossen worden wäre. Wenn sich nämlich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später erfolgen soll, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll (sagt Art. 123 O.-R.), so gibt die Nichterfüllung des Vertrages zur oder bis zur bestimmten Zeit dem andern Teile das Recht, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Es muss also nicht nur der Vertrag ein zweiseitiger sein und die eine Seite in Verzug kommen, sondern das Geschäft muss in der bezeichneten Weise bestimmt, d. h. ein Fixgeschäft sein. Daraus ergibt sich aber sofort, dass der Verzug (nach Art. 117, Al. 2) hier ohne Mahnung eintritt. — Für die Praxis ist es von grosser Wichtigkeit, zu wissen, wann der Richter Art. 123 anwenden, d. h. einen Vertrag als Fixgeschäft behandeln soll.

Das deutsche Handelsgesetzbuch, das wir hier zur Vergleichung herbeiziehen müssen, spricht vom Fixgeschäft in Art. 357; ein solches liegt vor, „wenn bedungen ist, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit, oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll.“ Art. 123 des O.-R. drückt sich allerdings etwas anders aus, inhaltlich aber sagen

³⁾ S. bes. Laurent, Principes, tome XVII, No. 156—170.

Demolombe, Cours de C. N. XXV, No. 546—547.

beide das gleiche, wenn man davon absieht, dass das H.-G.-B. nur vom Fixkauf, das O.-R. auch von andern Fixgeschäften spricht⁴⁾. Wird die schweizerische Praxis aber auch mit der Auslegung übereinstimmen dürfen, welche das H.-G.-B. Art. 357 bei den deutschen Gerichten gefunden hat?

a) Thöl⁵⁾ sagt über die Interpretation von Art. 357 H.-G.-B.: „Im Zweifel ist eine streng gewollte Pünktlichkeit anzunehmen. Nicht nur, wenn der Lieferungszeit noch die Bestimmung „fix, präzise, spätestens“ oder eine gleichbedeutende beigefügt ist, sondern auch, wenn ein solcher Zusatz nicht gemacht, zumal wenn eine bestimmte Stunde, ein Glockenschlag, verabredet ist.“

b) Das Reichsoberhandelsgericht aber nahm im Zweifel nicht streng gewollte Pünktlichkeit an und kommt daher in der Praxis zu ganz andern Resultaten als die Lehre Thöl's. Eine bestimmte Erfüllungszeit, verabredet ohne weitem Beisatz, macht das Geschäft nicht zum Fixgeschäft;⁶⁾ gleicherweise liegt kein Fixgeschäft vor, wenn die Lieferung vereinbart ist: sofort,⁷⁾ binnen kürzester Frist,⁸⁾ täglich,⁹⁾ im April, Mai, Juni,¹⁰⁾ auch nicht, wenn der Käufer erklärt hat, nach fünf oder sechs Wochen¹¹⁾ sei die Waare für ihn nutzlos.

c) Der Grund dieser Auslegung von Art. 357 H.-G.-B. liegt vielleicht in folgendem: Nach gemeinem deutschen Recht ist bekanntlich die Zeit der Erfüllung kein *essentiale negotii*, und wenn sie durch den Willen der Parteien zu einem solchen wird, so

⁴⁾ Vogt, Lichtfssl. Anltg. No. 43 b.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, § 98, S. 482. Was sich aber dort (beim Handelskauf) als nothwendig herausgestellt hat, sollte unbedenklich auch auf andere Geschäfte erstreckt werden.

⁵⁾ Thöl, H.-R. IV. Auflage, § 87.

⁶⁾ R. O. H. G.; E. V. S. 172; ⁷⁾ IV, S. 357; ⁸⁾ III, S. 288; ⁹⁾ XIII, S. 435; ¹⁰⁾ VII, S. 260.

¹¹⁾ R. O. H. G.; E. V. S. 437.

liegt eine Ausnahme vor. Daher sind solche Vertragsklauseln strikte, eher gegen ein Fixgeschäft zu interpretieren. Gleicherweise ist auch das an das Fixgeschäft geknüpfte Rücktrittsrecht ein dem gemeinen Rechte fremdes Institut, das im Handelsrecht nur ausnahmsweise Geltung erlangte; daher die Tendenz, dasselbe auf die im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fälle zu beschränken.

d) Diese Gründe können die schweizerische Rechtsprechung nicht beeinflussen.¹²⁾ Der Wortlaut des Vertrages und alle zu seiner Auslegung dienenden Umstände müssen allerdings den Voraussetzungen von Art. 123 entsprechen, wenn ein Fixgeschäft angenommen werden soll. Daneben aber gilt der Grundsatz der freien Auslegung der Verträge (Art. 16 O.-R.), und sobald dem Richter gewiss geworden, dass ein Fixgeschäft gewollt war, wird er nicht peinlich am gebrauchten Ausdruck festhalten dürfen. Auf das deutsche Handelsrecht braucht der schweizerische Richter keine Rücksicht zu nehmen und besonders nicht in einem Punkte, wo das O.-R. dasselbe verlassen, indem es den Rücktritt von Verträgen nicht nur ausnahmsweise, wie das H.-G.-B.,¹³⁾ sondern bei allen zweiseitigen Verträgen ermöglicht. Und gerade in dem Fall, wo R. O. H. G. noch so ängstlich vorgeht, nämlich beim *Handelskauf*, erblickt das O.-R. ein Fixgeschäft, sobald nur ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist. (Art. 234.) Von einer Vermutung gegen das Fixgeschäft

¹²⁾ „Ist bedungen“ (H.-G.-B.). „Ergibt sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien“ (O.-R.).

Kaum glaube ich, dass der erstere Ausdruck feste, klare Bezeichnung des Zeitpunktes verlangt, der letztere dagegen von deutlichen, festen Zeitbestimmungen leichter absieht. Eine von der Praxis des R. O. H. G. abweichende Praxis müsste auf jeden Fall noch innere Gründe für sich haben, und dürfte sich nicht bloss auf die Verschiedenheit der cit. Texte berufen.

¹³⁾ Ueber die Frage nach Gem. R. vor dem H.-G.-B. s. Thöl H.-R. IV. Aufl. I. Bd. § 87 (und die angeführten Quellenstellen).

kann nach O.-R. keine Rede sein. Wir glauben desshalb, dass sich unsere Praxis auf Grund von Art. 123 bei der Beurtheilung von Fixgeschäften mehr der Ansicht Thöl's, als der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts nähern werde. Damit haben wir für eine Reihe von Geschäften die sämtlichen Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht aufgestellt. Ist der Vertrag ein zweiseitiger und zugleich ein Fixgeschäft, und erfüllt die eine Partei denselben nicht binnen der bestimmten Zeit — dadurch kommt sie nach Art. 117, Al. 2 ohne Mahnung in Verzug — so hat der andere Teil das Recht, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Weil in diesem Falle die Voraussetzungen der §§ 1 und 3 erfüllt sind, bevor der Verzug einer Partei eintritt, und es nach Eintritt des Verzuges seiner weitem Rechtshandlung zur Ermöglichung des Rücktrittes gar nicht mehr bedarf, kann man sagen, dass beim Fixgeschäft der Verzug der einen Partei die andere sogleich zum Rücktritt berechtige.

§ 4.

Der Rücktritt wegen Nutzlosigkeit der Leistung.

Art. 125 O.-R.

Nahe verwandt mit dem Recht zum Rücktritt aus einem Fixgeschäft ist das Recht zur einseitigen Auflösung des Vertrages in dem Falle, welchen Art. 125 vorsieht:

„Wenn in Folge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist, so kann dieser die Annahme verweigern, die Gegenleistung zurückbehalten oder, wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.“

1. Art. 125 gilt, wie die vorhergehenden, 122 und 123, nur für die zweiseitigen Verträge. Dies geht nicht nur aus seiner Stellung hervor, sondern auch daraus, dass er von Leistung und Gegenleistung spricht. Das Recht zum Rücktritt gibt er der nichtsäumigen Partei, indem er sie berechtigt, die Gegenleistung zurückzufordern und Schadenersatz zu verlangen; denn dies sind, wie wir unten ausführen werden, die Folgen des Rücktritts.

2. Auch in Art. 125 ist Verzug des einen Teiles Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des andern. Die Natur des Fixgeschäftes bringt es mit sich, dass der Verzug stets ohne Mahnung durch blossen Ablauf der Zeit eintritt. Art. 125 findet dagegen Anwendung nicht nur auf Verträge, deren Erfüllung auf eine gewisse Zeit verabredet ist, ohne dass ein Fixgeschäft vorliegt, sondern auch auf solche, in denen die Erfüllungszeit unbestimmt gelassen ist. Bei jenem tritt der Verzug mit Ablauf des verabredeten Verfalltages ein, wenn gleich Art. 123 keine Anwendung findet; bei diesen kommt der säumige Kontrahent erst durch Mahnung des andern in Verzug.

3. Das Recht zum Rücktritt vom Vertrage erhält aber die nichtsäumige Partei erst dann, wenn die Leistung der säumigen in Folge des Verzuges für sie nutzlos geworden ist und hierin liegt der Schwerpunkt von Art. 125. Beim Fixgeschäft braucht eine Nachleistung einzig deswegen nicht angenommen zu werden, weil sie zu spät erfolgt; nach Art. 125 dann nicht mehr, wenn sie der Gläubiger in Folge des Verzuges nicht mehr zu dem Zwecke verwenden kann, zu dem sie bestimmt war. Im Fixgeschäft ist die Zeit der Erfüllung für den Vertrag wesentlich; in gleicher Weise kann es der Zweck des Vertrages werden: Beide Parteien schliessen den Vertrag im Hinblick auf denselben ab. Eine Leistung kann dann nur so lange als vertragsgemässe gelten, als sie dem in's

Auge gefassten Zwecke genügen kann. Jede Leistung, die dem Gläubiger in Folge des Verzuges nicht mehr dienen kann, braucht nicht als richtige Erfüllung des Vertrages behandelt zu werden, der Gläubiger kann zurücktreten.

Wo in dieser Weise beide Parteien über den Zweck des Vertrages sich einigen, liegt fast immer ein Fixgeschäft vor, und dann findet Art. 123, nicht Art. 125 Anwendung.¹⁾ Unseres Erachtens gibt es aber Fälle, in denen die Kontrahenten sich über den Zweck des Vertrages genau einigen, ohne dass darin ein Fixgeschäft liegt.

Der Kommentar erblickt den Unterschied zwischen Art. 123 und 125 darin, dass in Art. 123 angenommen werde, schon bei Abschluss des Vertrages sei es die Meinung beider Parteien gewesen, dass der Vertrag nur zur verabredeten Zeit solle erfüllt werden können, wobei dann gleichgültig sei, ob in der Folge die verspätete Erfüllung für den Gläubiger wirklich nutzlos sei oder nicht, in Art. 125 aber auf die Meinung der Parteien beim Abschluss des Vertrages nichts ankommen, und die bloße Tatsache der Nutzlosigkeit verspäteter Erfüllung massgebend sein soll. Mit Ausnahme der wenigen Fälle, von denen wir oben ein Beispiel erwähnt, wo ein Fixgeschäft nicht vorliegt, obschon beide Parteien über das Ziel der Leistung einig sind, halten wir die Bemerkung des Kommentars für richtig. Ist der eine Teil im Verzuge, und ist in Folge desselben die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden, so steht demselben nach Art. 125 der Rücktritt frei, ohne Rücksicht darauf, ob deren Zweck dem säumigen Teile bekannt war oder nicht.

Denkt man sich einen Vertrag, z. B. ein Kaufgeschäft, welches kein Fixgeschäft ist, in welchem aber ein Verfalltag

¹⁾ S c h n e i d e r gibt im Kommentar für beide Artikel das gleiche Beispiel.

verabredet wurde, so kommt eine Partei, z. B. der Verkäufer nach § 117, Al. 2 in Verzug. Ist eine Bestellung ohne Lieferungstermin gemacht worden, so bedarf es einer Mahnung, um den säumigen Teil in Verzug zu setzen. Wird die Leistung durch den Verzug für den Gläubiger nicht nutzlos, so kann derselbe nicht nach Art. 125 vom Vertrage zurücktreten, sondern muss auch eine verspätete Leistung annehmen. Aber ohne weiteres darf er sie zurückweisen, wenn sie in Folge des Verzuges für ihn nutzlos geworden ist.

Nicht der Vertrag und auch nicht die Willkür des nicht-säumigen Teiles entscheidet hier über das Eintreten eines Rücktrittsrechtes, sondern eine von beiden Parteien bald mehr bald weniger unabhängige Tatsache.

Die berechtigte Partei kann nur dann Auflösung des Vertrages herbeiführen, wenn die Leistung in Folge des Verzuges und nicht aus andern Gründen nutzlos geworden ist; denn der Rücktritt soll eine Folge der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages sein, und nicht die eines andern, davon unabhängigen Umstandes. Das Recht, ohne Rücksicht auf den Kausalzusammenhang wegen Nutzlosigkeit einer Leistung, und bei Verzug des Verpflichteten vom Vertrage zurückzutreten, wäre allerdings für diejenige Partei höchst wertvoll, welche deren Nutzlosigkeit zur Zeit entdeckt und sich durch einfache in Verzugsetzung der andern vom Vertrage losmachen möchte. Um so härter und ungerechtfertigter wäre ein solches Verfahren gegen den säumigen Teil, auch wenn er im Verzuge ist, — da ja dieser ohne sein Verschulden eintreten kann. Den Schaden, der, anders als durch Nichterfüllung des Vertrages eine Partei trifft, hat diese selbst zu tragen; dazu gehört auch die ohne Beziehung zum Verzug eingetretene Nutzlosigkeit der Leistung. U. Er. ist an den Anforderungen des Art. 125 streng festzuhalten; der Rücktretende soll den Zusammenhang zwischen Verzug und Nutzlosigkeit beweisen.

Besondere Beachtung verdient noch der Fall, wo eine Leistung in Folge des Verzuges nutzlos geworden wäre, wenn nicht zugleich ein anderer Grund sie nutzlos gemacht hätte.

Beispiel: Auf den 10. Juli ist eine Bestellung von Decorationsgegenständen gemacht worden, aber so, dass ein Fixgeschäft weder nach Art. 123, noch nach Art. 234 anzunehmen ist. Mit Ablauf des 10. Juli kommt der Lieferant in Verzug. Der Besteller, der die Waare spätestens auf das Nationalfest, den Morgen des 14. Juli, erwartet, hat Geduld. Wegen drohender Cholerafahrt werden alle Festlichkeiten verboten. Auch wenn die Decorationen noch den 13. anlangten, wären sie dennoch nutzlos — aber nicht in Folge des Verzuges. Wenn die Waare den 15. Juli endlich eintrifft, kann dann der Besteller Aufhebung des Vertrages durch den Beweis erwirken, dass er die Bestellung im Hinblick auf den 14. Juli gemacht habe, die Lieferung also „durch Verzug des Lieferanten“ nutzlos geworden sei?

Unseres Erachtens ist in solchen Fällen der Rücktritt ausgeschlossen. Die Nutzlosigkeit ist in Wirklichkeit nicht Folge des Verzuges. Der Beweis, dass sie es sein könnte, genügt den Anforderungen von Art. 125 nicht. — Damit kommen wir freilich zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass der die Nutzlosigkeit begründende Umstand der einen Partei schadet, zugleich aber die Stellung des Säumigen verbessert; denn ein Recht, das er sonst geltend machen könnte, kann der Gläubiger nicht ausüben, weil er nicht beweisen kann, dass die verspätete Leistung in Folge des Verzuges nutzlos geworden ist. Dennoch halten wir unsere Ansicht aufrecht. Jeder Kontrahent, dem es darauf ankommt, eine Leistung zu einem besonders bestimmten Zwecke zu verwenden, kann sich vollständig und für alle Fälle den Rücktritt sichern, indem er das Geschäft als Fixgeschäft abschliesst, und dasselbe so

aus dem Bereiche des Art. 125 in denjenigen von Art. 123 hinübereückt.

Trotz der engen Auslegung, die wir dem Art. 125 geben, ist er von grosser Tragweite, da er auch bei Geschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, ohne die Umwege von Art. 122 (s. folg. §) dem berechtigten Teile den Rücktritt ermöglicht, wenn derselbe für ihn vom allergrössten Wert ist: es soll ihm nicht zugemutet werden, einen Vertrag aufrecht zu halten, an dem er gerade durch den Verzug des andern Teiles alles und jedes Interesse verloren hat. Eine Bestimmung, die unserm Art. 125 entspricht, findet sich weder im H.-G.-B. noch im Code civil. Doch ermöglichen beide, das H.-G.-B. wenigstens für den Handelskauf, den Rücktritt auch in diesem Fall; der berechnigte Teil aber kann ihn nicht auf dieselbe einfache Weise geltend machen, wie im O.-R.

Fast selbstverständlich ist es schliesslich angesichts des Textes, dass nur der Gläubiger wegen Nutzlosigkeit der schuldigen Leistung vom Vertrage zurücktreten kann. Der im Verzuge befindliche Schuldner darf nicht zurücktreten mit der Begründung, seine Leistung sei ja für den Gläubiger nutzlos.

§ 5.

Das Mahngeschäft. Art. 122.

Nach dem O.-R. kann eine Partei von einem Vertrage zurücktreten, nicht nur, wenn der Vertrag ein Fixgeschäft ist, oder wenn die Leistung in Folge Verzugs für sie nutzlos geworden ist, sondern auch in andern Fällen, gemäss Art. 122:

„Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechnigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder

durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei.“

1. Als Voraussetzung der Auflösung des Vertrages finden wir hier wieder: *Zweiseitigkeit* desselben, *Verzug* des einen Kontrahenten. Über beides haben wir schon gesprochen, der Verzug tritt entweder durch *Mahnung* oder durch Ablauf eines *Verfalltages* (Art. 117, Al. 2) ein.

2. Allein, wo weder Art. 123 noch Art. 125 zutreffen, ist das Recht zum Rücktritte noch durch eine weitere Voraussetzung bedingt: der Gläubiger muss nämlich dem Säumigen eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen, mit der Androhung, dass mit deren Ablauf der Vertrag aufgelöst sei. Weil es hier zur Auflösung, im Gegensatz zum Fixgeschäft, einer Androhung bedarf, so spricht man von einem *Mahngeschäft*. Die Befugnis, jeden Vertrag einseitig aufzulösen, ist eine sehr weitgehende; deshalb haben wir genau zu erörtern: Wann die gültige Androhung mit Fristansetzung erfolgen darf, welche Frist eine angemessene ist und wer sie bestimmt.

3. Nach dem Texte des Gesetzes kann der eine Teil die im Artikel vorgesehene Frist ansetzen, wenn sich der andere im Verzuge befindet.

a) Wo ein Kontrahent mit Ablauf eines bestimmten Verfalltages in Verzug kommt, besteht die Fristansetzung mit Androhung des Rücktrittes ohne Zweifel in einem *besondern* Akte, welcher sofort nach dem Verfalltage oder auch später vorgenommen werden kann. In diesem Falle bietet die Auslegung und Anwendung des Art. 122 keine Schwierigkeit.

b) Ist der Vertrag mit Beziehung auf die Zeit seiner Erfüllung derart allgemein gefasst, dass ein Kontrahent erst durch *Mahnung* in Verzug kommt, so genügt auf jeden Fall die bloße Mahnung keineswegs zur Erwirkung anderer

Rechtsfolgen, als sie eben in allen Verträgen, einseitigen wie zweiseitigen, dieselbe begleiten. Das Recht zum unmittelbaren Rücktritt vom Vertrage kann sich der mahnende Teil nur dadurch verschaffen, dass er dem andern eine angemessene Frist zur Nachleistung ansetzt mit der Androhung, den Vertrag aufzulösen. Diese Erklärung kann er der Mahnung beliebig folgen lassen. Das Gesetz schreibt aber nirgends vor, wie gross die Frist zwischen Mahnung und „Androhung“ sein soll, und deshalb kann der Gläubiger, wenigstens unsers Erachtens, die beiden Erklärungen unmittelbar auf einander folgen lassen, ja, er darf sie miteinander verbinden, wenn er es so tut, dass es ersichtlich ist, dass er den Schuldner vor allem in Verzug setzen, ihm eine Frist zur Nachleistung ansetzen und die Auflösung androhen will. Eine Erklärung, in der nicht deutlich eine Mahnung liegt, genügt, wie wir glauben, nicht; aber die soeben angedeutete Kombination will das Gesetz wohl nicht ausschliessen, da es ja nur von einer Frist, die dem säumigen Teile noch gewährt werden muss, spricht, — und nicht von zweien, einer zwischen Mahnung und Androhung und einer zwischen Androhung und Rücktritt.

4. Die Frist, welche die nichtsäumige Partei der andern zur Nachleistung ansetzen muss, bevor sie vom Vertrage zurücktreten kann, soll eine angemessene sein (Art. 122). Eine allgemeine und sichere Regel darüber, welche Frist angemessen sei, lässt sich nicht aufstellen; bei jedem einzelnen Fall kommt es auf den Gegenstand der Leistung, das Interesse an rascher Erfüllung, auch auf ein allfälliges Verschulden des säumigen Teiles an.

a) Es macht einen Unterschied, ob die Leistung in einem Tun oder einem Hingeben besteht. Eine Leistung der letztern Art lässt sich gewöhnlich in einem Zeitpunkt vollziehen, und bedarf daher bloss einer Frist, in welcher es dem säumigen

Teile oder auch nur objectiv möglich ist, dieselbe zu vollziehen. Handelt es sich um Geld, oder um Waaren des Handels- oder Börsenverkehrs, so dürfen die Fristen zur Nachleistung kürzere sein, als wenn der Gegenstand der Leistung weniger leicht zu beschaffen ist, sei es wegen dessen Seltenheit, sei es wegen der Schwierigkeit des Transportes u. s. w. Handelt es sich dagegen um eine Dienst- oder Arbeitsleistung, um ein Tun von Seite der säumigen Partei, so kann als Norm und Massstab der anzusetzenden Frist die Zeit gelten, in welcher die Leistung unter gewöhnlichen Umständen in der Regel ausgeführt wird. Damit würde, wenn auch begleitet von den Folgen des Verzuges, die säumige Partei oft geradezu eine Verdoppelung der ursprünglich vorgesehenen Erfüllungsfrist erlangen. In der Verpflichtung, eine derartige Frist zu geben, läge eine unbillige Beschränkung des Rücktrittsrechtes, eine Härte gegen den Gläubiger. Deshalb dürfte man auch, nach den Umständen, bloss die Zeit gewähren, in der die Erfüllung des Vertrages objectiv möglich ist. Eine noch kürzere Zeit aber ist nicht als eine angemessene zu betrachten.

Zudem wird es auch darauf ankommen, ob „Mahnung“ und „Androhung“ in einen Zeitpunkt zusammenfallen, oder ob zwischen beiden Rechtshandlungen dem Schuldner schon Gelegenheit zur Erfüllung des Vertrages gegeben war: eine Regel lässt sich nicht aufstellen, bald genügen Stunden und Tage, bald sind Nachfristen von Monaten und Jahren am Platze.¹⁾

b) Das Recht zum Rücktritt vom Vertrage besteht im Interesse der nicht säumigen Partei, des Gläubigers; eine Beschränkung desselben im Sinne von Art. 122 verletzt dieses Interesse bald mehr, bald weniger. Es gibt Leistungen, bei

¹⁾ Nachzahlung von Pachtzinsen: 1 Monat, Dalloz; *Rec. Jurispr.* 1850. II. S. 37.

Bau von Eisenbahnen: 2¹/₂ Jahre, Dalloz, *Rec. Jurispr.* 1854. I. S. 357.

denen es für den Gläubiger gleichgültig ist, ob er sie früher oder später erhält, sofern er nur Schadenersatz wegen Verzugs fordern kann. Umgekehrt liegt in andern Fällen dem Gläubiger sehr viel an rascher Erfüllung des Vertrages; die bloße Aussicht auf Ersatz des Schadens genügt ihm nicht, da er diesen nicht leicht nachweisen kann. Dabei wird die Leistung durch den Verzug nicht nutzlos, sondern immer dringender notwendig — also kurze Frist, wo Gefahr im Verzuge ist. Hier liegt denn auch der Übergang zu Art. 125, — verliert der Gläubiger durch Verzug jedes Interesse an der Leistung, so wird die Frist gleich Null.

c) Das V e r s c h u l d e n des säumigen Teiles kommt besonders bei Bemessung des Schadenersatzes in Betracht; aber auch bei Festsetzung der angemessenen Frist zur Nachleistung übt es einen Einfluss aus. Wie der französische Richter, indem er nach *Code civ.* Art. 1184 die Frist *selon les circonstances* bestimmt, darauf Rücksicht nimmt,²⁾ so soll auch nach O.-R. der schuldige, säumige Kontrahent nicht im nämlichen Masse auf die Wohltat der Frist zur Nachleistung Anspruch machen können, wie wenn einer ohne sein Verschulden in Verzug geraten ist; also gegenüber dem letztern ist *ceteris paribus* eine längere Frist die angemessene, gegen den erstern eine kürzere. Das Rücktrittsrecht selbst bleibt gegen beide gleich ungeschmälert fortbestehen. Die verschiedensten Gründe, auch bloße Nachlässigkeit, können z. B. einen zu einer Arbeitsleistung Verpflichteten bewegen, dieselbe durch Versprechungen immer mehr hinauszuschieben; einem derartigen Vorgehen soll der Berechtigte ein rasches Ende bereiten dürfen.

²⁾ D e m o l o m b e, Cours XXV, No. 497, 513.

D u r a n t o n, Cours XI, No. 90.

L a u r e n t, Principes XVII, No. 124.

d) In einigen Fällen sagt das Gesetz selbst, was es als angemessene Frist betrachte, indem es vor dem Ablauf einer bestimmten Anzahl Tage eine Auflösung des Vertrages nicht eintreten lässt. Nach Art. 287 und 312 O.-R. nämlich muss die vor dem Rücktritt aus einem Pacht- oder Mietvertrage anzusetzende Frist mindestens 6 (oder 30 oder 60) Tage betragen. Weil diese Artikel aber ganz spezielle Fälle des Miet- und Pachtvertrages betreffen (wo der Mietzins vor Ablauf der Mietzeit fällig ist), kann daraus kein Schluss für andere Fälle gezogen werden.

5. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Bestimmung einer angemessenen Frist sehr schwierig ist; schwierig für Unparteiische, noch schwieriger für einen Kontrahenten. Einer Partei allein aber erscheint diejenige Frist am meisten angemessen, welche ihr Interesse am besten wahrt, d. h. eine möglichst kurze, wenn sie sich von rascher Aufhebung des Vertrages Vorteile verspricht. Eine Fristansetzung im Sinne von Art. 122 schafft Recht zwischen den Parteien, wie es sonst nur ein Urteil tut. Der *Code civil* legt die Auflösung des Vertrages, mit Fristansetzung u. s. w., in die Hände des Richters.³⁾ Die Auflösung eines Vertrages soll, wie dessen Erfüllung, durch eine Klage gefordert werden; der Spruch des Richters tritt an die Stelle des gegenseitigen Einverständnisses, das den Vertrag abändern, aus einem Mahngeschäft ein Fixgeschäft machen kann. In ähnlicher Weise wie der *Code civil* 1184 sagte der Entwurf zum O.-R. von 1876 in Art. 149⁴⁾: Der Gläubiger kann durch den Richter eine Frist zur Erfüllung ansetzen lassen mit der Androhung, dass er bei weiterer Zögerung nicht mehr gebunden sei u. s. w. Dagegen verlangt das H.-G.-B.,

³⁾ Zachariae, Handbuch, IV. Aufl., Bd. II. S. 232. A. 33.

Laurent, Principes XVII, No. 135.

Demolombe, Cours XXV, No. 513.

⁴⁾ Ganz ähnlich Munzinger, Entwurf Art. 159.

Art. 356 keine Mitwirkung des Richters bei Festsetzung einer Nachfrist und Rücktritt vom Vertrage, sondern stellt dies dem Gutfinden der nichtsäumigen Partei anheim. Darin folgte ihm schliesslich das O.-R. In Anlehnung an die Formlosigkeit der Verträge, welche den freien Verkehr begünstigen soll, können nach O.-R. auch andere Rechtshandlungen, wie z. B. die Mahnung ohne Mitwirkung der staatlichen Organe gültig vorgenommen werden; so wurde auch die mit der Mahnung engverbundene Fristansetzung mit Androhung des Rücktrittes der berechtigten Partei als Privatakt überlassen. So einfach und praktisch dies auch scheinen wird, so kann ein solches Verfahren manchen Anfechtungen ausgesetzt sein, bald weil der Schuldner nicht gehörig in Verzug gesetzt worden ist, bald wegen Unangemessenheit der Frist.

Da so dem säumigen Teile die Gelegenheit geboten ist, die Sache schliesslich doch vor den Richter zu bringen, wird der Berechtigte oft von der Befugnis, die ihm Art. 122 gibt, nicht selbst Gebrauch machen, sondern die Frist von der zuständigen Behörde ansetzen lassen. Das französische Recht lässt daraus ein contradiktorisches Verfahren, eine Art Prozess entstehen,⁵⁾ indem die eine Partei förmlich auf Auflösung des Vertrages klagt und der Richter diese dann ausspricht, sei es ohne Weiteres, sei es unter der Bedingung, dass die Vertragserfüllung binnen einer nach den Umständen bemessenen Frist nicht erfolge. Ein solches Vorgehen ist auch nach Art. 122 O.-R. denkbar und führt zu einem sichern Resultat, einem Urteil, aber notwendig ist es nicht. Die zuständige Behörde darf auf Grund der angeführten Tatsachen und allfälliger Beweismittel, die beigebracht wurden, von sich aus die angemessene Frist bestimmen, nach deren Ablauf der Kläger frei vom Vertrage zurücktreten kann.

⁵⁾ Art. 1184: La résolution doit être demandée en justice.

Kann eine so angesetzte Frist vom säumigen Teile auch angefochten werden, wie die von der Partei angesetzte? Diese Frage wird bejaht von Haberstick,⁶⁾ verneint vom Kommentar.⁷⁾ Wir schliessen uns der zweiten Ansicht an. Die durch öffentliche Organe innerhalb ihrer Kompetenz vorgenommene Rechts-handlung soll der Partei, die jene angerufen hat, eine Sicherheit des Rechtszustandes verschaffen, welche durch Privatakt nicht erreicht wird. In vielen Fällen wird die zuständige Behörde identisch mit dem Gerichte sein, das sich mit der Hauptsache zu befassen hat: ihre eigene Handlung wird die Behörde nicht später für unwirksam erklären. Sollte es doch so sein, so hätte der berechtigte Teil kein Interesse mehr an einer Mitwirkung der Behörde zur Fristansetzung. Es ist Sache des kantonalen Prozessrechts, zu entscheiden, ob es bei den Beschlüssen der ersten Instanz sein Bewenden habe, oder ob eine angesetzte Frist in zweiter Instanz verlängert oder verkürzt werden könne. Das O.-R. stellt sehr vieles in das freie Ermessen des Richters; und in dieser Frage darf man diesem wohl eben so sehr, wie in vielen andern, ein unparteiisches, billiges Urteil zutrauen, das auf den säumigen Kontrahenten die nötige Rücksicht nimmt.

Die Bezeichnung der „zuständigen Behörde“ ist Sache des kantonalen Prozessrechts. Es herrscht darin nicht nur eine grosse Verschiedenheit, sondern auch Unsicherheit. In der Regel

⁶⁾ J. H a b e r s t i c h, Handbuch S.-O.-R., S. 230, **231**: Hat die zuständige Behörde eine zu kurze Frist gesetzt, so wird der Richter erklären müssen, die Folgen des Art. 122 seien nicht eingetreten. Damit die von der Behörde bestimmte Frist für einen spätern Prozess massgebend sei, müsste eine Einvernahme des säumigen Teiles und *causæ cognitio* vorausgehen, resp. die Verfügung der Behörde den Charakter der Rechtskraft in Anspruch nehmen können.

⁷⁾ Komm. zu Art. 122, No. 4. Fristbestimmung durch die Behörde ist eher anzuraten, weil dadurch der Streit darüber abgeschnitten wird, ob die Frist angemessen, lang genug, angesetzt sei oder nicht.

(sagt der Kommentar) wird es die Gerichtsbehörde am Wohnorte des Schuldners sein, welche für summarische Sachen bestimmt ist. Nun ist aber manchen Kantonen ein summarisches Verfahren ganz oder teilweise fremd. Im Kanton Zürich ist der Bezirksgerichtspräsident zur Ausübung der in Art. 122 bezeichneten Befugnis zuständig, im Kanton Glarus die Standeskommission neben dem Civilgericht, in Basel-Stadtteil sind es die Gerichtsamtmänner und Notare. In gleicher Weise ist die Bestimmung des jeweiligen gerichtlichen Verfahrens Sache der kantonalen Gesetzgebung.

§ 6.

Geben die Art. 122—125 auch noch unter andern Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht?

Ist ein Vertrag ein zweiseitiger und kommt eine Partei mit dessen Erfüllung in Verzug, so kann ihn die andere auflösen: 1. sofort, wenn ein Fixgeschäft vorliegt, Art. 123, oder 2. sobald die Leistung durch Verzug nutzlos geworden, Art. 125, oder 3. nach fruchtlosem Ablauf einer Frist, die zur Nachleistung unter Androhung des Rücktritts gegeben war, Art. 122. — Hier haben wir nun zu untersuchen, ob die besprochenen Artikel ¹⁾ noch unter andern Voraussetzungen, als den bereits erwähnten, den Rücktritt vom Vertrage ermöglichen.

1. Der Text des Gesetzes lässt keinen Zweifel übrig, dass das Rücktrittsrecht der einen Partei Verzug der andern voraussetzt. Was das Gesetz unter „Verzug“ begreift, haben wir dargelegt: Eine Schuld ist fällig, der Schuldner erfüllt nicht, wird gemahnt und kommt in Verzug: „Verzug“ ist eine Art der Nichterfüllung der Obligation; es fragt sich nun, ob er alle und jede nicht gehörige Erfüllung, oder nur, dem Worte „Ver-

¹⁾ Nur mit diesen (122—125) haben wir es hier zu tun.

zug“ gemäss, die Nichterfüllung, nicht gehörige Erfüllung in Beziehung auf die Zeit der Leistung umfasse.

Wenn der Schuldner am Verfalltage (bezw. nach Mahnung) überhaupt nicht leistet, so kann der Gläubiger ohne Zweifel im Sinne der Art. (117—)122—125 gegen ihn vorgehen. Anders liegt die Sache, wenn er nur teilweise oder nur mangelhaft erfüllt; in beiden Fällen hat diese nicht gehörige Erfüllung die Folgen von Art. 110; Art. 117 aber spricht nicht, wie jener, von nichtgehöriger Erfüllung, sondern sagt bloss: Wird eine Verpflichtung zur Zeit, da deren Erfüllung rechtlich gefordert werden kann (d. h. fällig ist), nicht erfüllt, so gerät der Schuldner bald ohne weiteres, bald durch Mahnung des Gläubigers in Verzug. Einfach verhält sich die Sache, wo eine vertragswidrige Leistung zwar angeboten, aber zurückgewiesen wurde.²⁾ Eine Erfüllung ist dann rechtlich überhaupt nicht erfolgt, die Verzugsfolgen treten ein. Wenn aber eine teilweise oder mangelhafte Leistung angenommen ist, so kann von einer totalen Nichterfüllung, daher auch von einem Verzuge in Beziehung auf die ganze Leistung nicht mehr gesprochen werden. Für das, was an der Leistung fehlt, bis sie vertragsgemäss ist, z. B. für den Rest einer Geldschuld, lässt sich ein Verzug wohl denken; auch für Dienstleistungen, die einen Teil eines Vertrages bilden; auch in Beziehung auf Nebensachen kann der Verkäufer einer Hauptsache so in Verzug kommen. Aber auch nur für das, was er nicht geleistet, nicht auch in Beziehung auf das was er geleistet, kommt der Schuldner in Verzug. Der Gläubiger kann deshalb wegen bloss teilweiser Erfüllung nicht vom Vertrag selbst, dem ganzen, zurücktreten,³⁾ sofern er sich dieses Recht bei Annahme von Teilleistungen nicht etwa vorbehalten hat.

²⁾ Z. B. auf Grund von Art. 78 O.-R.

³⁾ Sogar auf Grund von Art. 1184 C. civ., der viel allgemeiner als 122 O.-R. lautet, würde entschieden, dass Nichterfüllung in Rücksicht auf

2. Das O.-R. enthält im besondern Teile zahlreiche Bestimmungen,⁴⁾ welche an die verschiedensten Fälle von nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrages das Recht zum Rücktritte von demselben knüpfen. Darin liegt jeweilen eine Erweiterung der Voraussetzungen zum Rücktritt, aber das Prinzip, dass im Allgemeinen der Rücktritt nur wegen Verzug möglich ist, ist damit im O.-R. nicht geändert. Hätte das O.-R. den Rücktritt als Folge jeder nicht vertragsmässigen Leistung hinstellen wollen, so hätte es der Gesetzgeber im allgemeinen Teil aussprechen müssen. Er hat es nicht getan. In den erwähnten Artikeln wollte er nicht den Gedanken von Art. 122 ausführen, diesen interpretiren, sondern etwas Neues sagen, was in Art. 122—125 nicht enthalten ist. Dieses *argumentum a contrario* wird dadurch bestärkt, dass sonst im sog. speziellen Teil die Anwendung von Art. 122 nur noch da erwähnt wird, wo eine Abweichung zur Erschwerung oder zur Erleichterung des Rücktritts gemacht ist.⁵⁾ Wir halten die engere Auslegung von Art. 122 für die richtige; es hat bei den besprochenen Voraussetzungen des Rücktritts sein Bewenden. (S. §§ 1—5.)

3. In dem Gesagten (Nr. 1—2) haben wir uns in Widerspruch zu einem Entscheide des Berner Appellationsgerichtes gesetzt.⁶⁾ Dennoch müssen wir daran festhalten, dass, weil das

eine Nebensache nicht genüge, Lösung des Vertrages zu verlangen. Dalloz, 1872, V., S. 360. Und doch spricht C. civ. von der Auflösung als direkter Folge jeder Nichterfüllung (*ne satisfait point à son engagement*), nicht bloss von einer Folge des Verzugs.

⁴⁾ O.-R., Art. 242, 247, 277, 278, 283, 288, 297, 313, 315, 326, 332, 354, 355, 358, 359, 366, 369, 547 u. s. w.

⁵⁾ Z. B. Art. 277, 287, 297, 312, 354, 380, 264, 234, 263, (272).

⁶⁾ Zeitschrift für Schweiz. R., N. F., III., Revue, S. 102: Anwendung von Art. 122 und 277; Urteil:

„1. In tatsächlicher Beziehung ist als festgestellt zu betrachten, dass die von Gfeller an Wenger vermietete Wohnung wenigstens in einzelnen Räumen bedeutend Feuchtigkeit zeigte.

O.-R. in Art. 122 den Ausdruck *Verzug* enthält, dasselbe nicht jede vertragswidrige Leistung darunter verstehen will. Es ist nicht Sache der Praxis, ein anderes Prinzip in Fragen des

2. Es fragt sich sonach bloss, ob Wenger mit Rücksicht auf die vorhandene Feuchtigkeit zum einseitigen Rücktritt vom Mietvertrage berechtigt war. — Dies muss allerdings angenommen werden. Zwar kann er sich dabei nicht auf Art. 277 berufen, denn es greift derselbe bloss zwei bestimmte Fälle heraus, nämlich denjenigen, wo die Übergabe des Mietgegenstandes nicht in gutem Zustande erfolgte, und denjenigen Fall, wo er während der Mietzeit die Sache in einen den vertragsmässigen Gebrauch ausschliessenden oder erheblich schmälernden Zustand gerät. Vorliegend stellt sich aber die Sache offenbar so, dass der erhebliche Mangel zwar schon bei der Übergabe vorhanden war, aber vom Mieter erst später wahrgenommen werden konnte. Für diesen Fall trifft weder das erste, noch das zweite Alinea von Art. 277 zu, sondern es muss auf die allgemeinen Bestimmungen über die Folgen der Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages abgestellt werden.

3. Nach Art. 276 ist der Vermieter verpflichtet, die Bestandsache in einem zu dem vertragsmässigen Gebrauch geeigneten Zustande zu übergeben, und während der Mietzeit zu erhalten. Dieser letzteren Verpflichtung ist aber Gfeller nicht nachgekommen; er befand sich also im *Verzug*. Nach Art. 122 war daher Wenger berechtigt, Gfeller zur nachträglichen Erfüllung eine Frist anzusetzen, mit der Androhung, dass mit Ablauf derselben der Mietvertrag aufgelöst sei; da Gfeller der Aufforderung nicht Folge leistete, so war dann Wenger auch zum Rücktritt vom Vertrage befugt.

4. Es verlangt Wenger aber noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags. Hiezu ist er aber nicht berechtigt, denn nach den hier massgebenden Art. 124 und 277 kann der vom Vertrage Zurücktretende Schadenersatz nur verlangen, wenn er ausser dem *Verzug* ein Verschulden des andern Teiles nachweist und dieser Nachweis kann *in casu* nicht als erbracht betrachtet werden.“

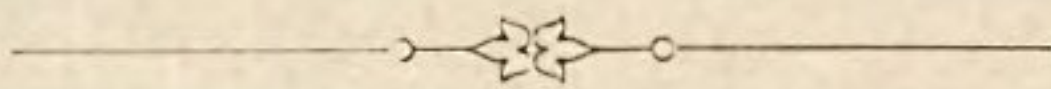
Gegen das Resultat dieses Urteils, Auflösung des Vertrages ohne Schadenersatz, lässt sich nichts einwenden; um so mehr gegen dessen Motive. Wir finden hier eine äusserst enge Auslegung von Art. 277, eine sehr weite des Begriffes *Verzug* Art. 122. Zudem leidet es an dem Widerspruche, dass unter Erwäg. 2, Art. 277 als nicht anwendbar erklärt, in 4 als massgebend angeführt wird. Unsers Erachtens findet auf den vorliegenden Fall nur Art. 277 und kein anderer Anwendung. Das Urteil sagt, dass die Wohnung schon bei der Übergabe feucht war. Also trifft Art. 277, al. 1, vollkommen zu; er verlangt nirgends, dass der Mangel sofort be-

Rücktrittsrechtes zur Geltung zu bringen. Sollte sich vornehmlich die Fassung von Art. 122 als zu enge erweisen, so kann nur die Gesetzgebung denselben abändern.⁷⁾

merkbar sein und bemerkt werden müsse. Das Gericht nimmt dies ganz willkürlich an. Da es aber auf irgend einem Wege zum Ziel, zur Auflösung des Vertrages kommen musste, suchte und fand es einen Weg in Art. 122, den es nun falsch anwenden musste. Darin, dass der Vermieter seinen Verpflichtungen (Art. 276) auf die angegebene Weise nicht nachkam, soll nicht der Tatbestand von Art. 277, al. 1, sondern ein Verzug liegen! Der Irrtum ist augenscheinlich. Mit was war denn der Vermieter in Verzug? Mit der Leistung, Übergabe der Mietsache? Nein, denn er hat sie übergeben. Mit der gehörigen Leistung? Dann ist kein Verzug mehr da, sondern die Voraussetzung von Art. 277, al. 1.

Unsers Erachtens hat die Praxis hier einen Weg betreten, der vom O.-R. weg auf einen andern Rechtsstandpunkt führen wird. Einer Unsicherheit in Anwendung von Art. 122 kann das Bundesgericht ein Ende machen. Aber wann wird es dazu Gelegenheit finden, da der Streitwert 3000 Fr. übersteigen muss, bevor es sich damit befassen kann?!

⁷⁾ S. über die höchst wichtige Frage einer Ausdehnung des Prinzips, wie nach C. civ., 1184, den Schluss der Abhandlung.



II. Teil.

Die Wirkungen des Rücktrittes.

§ 7.

Im Allgemeinen.

Das Gesetz spricht ausdrücklich von dem Rechte des Rücktrittes, von einem Vertrage, nur in Art. 123. In den übrigen Artikeln bedient es sich bald eines andern Ausdrucks (Auflösung des Vertrages in Art. 122), bald umschreibt es den Begriff, indem es sagt:

in Art. 124: der vom Vertrage Zurücktretende kann das von seiner Seite Geleistete zurückfordern, und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.

in Art. 125: er kann die Annahme der Leistung des Andern verweigern, die Gegenleistung zurückbehalten, oder wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern, und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.

Ob „Rücktritt“ und „Auflösung“ identisch seien, lassen wir dahin gestellt. Auf jeden Fall besteht ein enger Zusammenhang zwischen beiden Begriffen, indem der berechtigte Rücktritt einer Partei sofort Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Folge hat.¹⁾

¹⁾ Auch die franz. und italienische Fassung des Gesetzes hüteten sich sehr, Rücktritt und Auflösung zu identifizieren: Art. 122: *se trouvera*

Fassen wir nun die Folgen des Rücktrittes ins Auge:

1. Versucht der Schuldner nach Erklärung des Rücktritts durch den Gläubiger durch Anerbieten der Leistung den Vertrag zu erfüllen, so darf sie der Gläubiger einfach zurückweisen; denn der Rechtsgrund, der ihn zur Annahme nicht nur berechtigte, sondern auch verpflichtete, besteht nicht mehr. Von dieser ersten Folge spricht bloss Art. 125 ausdrücklich.

2. Aus dem gleichen Grunde gehen die gegenseitigen Forderungen auf Erfüllung des Vertrages unter; somit hat keine Partei mehr Anspruch auf die versprochenen Leistungen der andern und keine Partei ist mehr verpflichtet, der andern zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages eine Leistung zu machen. Auch diese Folge ist in Art. 124 nicht ausdrücklich angeführt, wohl aber in Art. 125, wonach der zurücktretende Teil die Gegenleistung zurückbehalten kann.

3. Eine Leistung, die zur Erfüllung eines Vertrages schon gemacht worden ist, erfährt nach ihrer Natur und der Art des Vertrages ein verschiedenes Schicksal. Wo sich die Erfüllung des Vertrages nicht in einen Zeitpunkt zusammenfassen lässt, sondern sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt (wie z. B. die Leistung des Vermieters beim Mietvertrage), ist die Auflösung des Vertrages unmöglich geworden, soweit die Erfüllung desselben richtig vorgenommen wurde; denn die beidseitigen Verpflichtungen sind durch die Erfüllung überhaupt dahingefallen. Die Auflösung kann nur noch den Teil des Vertrages treffen, der noch nicht von beiden Parteien erfüllt ist; sie wirkt also nur für die Zukunft vom Zeitpunkt des Verzuges resp. Rücktrittes an.

résilié; s'intenderà risoluto. Art. 123: *peut se départir du contrat; può recedere dal contratto.* Art. 124: *qui se départ du contrat; chi recede dal contratto.* Besonders die französische Fassung drückt es aus, dass nicht eine wirkliche *résiliation* vorliegt, sondern „ein sich des Vertrages Begeben“, „Losmachen“, „abstehen“, welches dann jene sogleich zur Folge hat.

Ein Vertrag über eine Leistung, die zu ihrer Erfüllung nicht notwendig eines Zeitraumes bedarf, vielmehr in einem Zeitpunkt geschehen kann, bestimmt unter Umständen, dass die Erfüllung in periodischen Leistungen erfolgen soll. Dann gerät ein Kontrahent, wie wir in § 2 erwähnt, nur in Bezug auf die verzögerten Teilleistungen in Verzug. Unseres Erachtens fällt dann der Vertrag nicht ganz dahin, sondern nur soweit er noch nicht erfüllt ist.²⁾

Liegen aber keine derartigen Verhältnisse vor, so gibt die Auflösung des Vertrages der zurücktretenden Partei das Recht, alles, was sie zum Zwecke der Vertragserfüllung geleistet, zurückzufordern. Die Art. 124 und 125 verpflichten die säumige Partei zur Rückgabe der bereits empfangenen Gegenleistung.

4. Die zurücktretende Partei hat ferner ein Recht auf Ersatz des Schadens, welchen sie dadurch erlitten hat, dass sie den Vertrag auflösen musste, während sie dessen Erfüllung hätte fordern können. Die Art. 124 und 125 erwähnen dieses Recht ausdrücklich; die eigentümliche Gestaltung desselben können wir erst in einem spätern Paragraphen erörtern.

Ursprünglich sind bei einem Vertrage nur die Parteien, nicht auch Dritte beteiligt. Durch verschiedene Rechtsgeschäfte können allerdings die Parteien ihre Rechte auf andere übertragen und diese können die Verpflichtung zur Gegenleistung übernehmen.

Familien- und erbrechtliche Verhältnisse können gleicherweise in die Obligationen neue Subjekte einführen, soweit nicht der Vertrag einen streng persönlichen Charakter hat. Alle diese

²⁾ Vor der Belagerung von Paris bestellte ein Pariserhaus 25,000 Zentner Mehl in Marseille, konnte aber nur einen Teil davon entgegennehmen. Wegen *mora in accipiendo* bewirkte der Lieferant Auflösung des Vertrages. Damit waren alle noch ausstehenden Lieferungen dahin gefallen, die geleistet aber blieben es trotz Auflösung des Vertrages, und Art. 1183 Code civ. Von einer Rückforderung war überhaupt keine Rede. Dalloz Rec. 1872, I., S. 456.

Personen aber werden selbst Partei, sind als solche am Vertrage wie auch an dessen Auflösung beteiligt. Eine Wirkung gegenüber Dritten hat der Rücktritt eines Kontrahenten nicht.

Ebensowenig ist von einer solchen dann zu sprechen, wenn die Auflösung des einen Vertrages eine Reihe, gleichsam eine Kette anderer, dahinfallen macht. Wenn z. B. in Erwartung und Voraussicht, dass ein Vertrag erfüllt werde, andere abgeschlossen wurden, deren Erfüllung durch Auflösung des ersten nicht möglich wird, so können alle diese Verträge, je nach der Sachlage, auf Grund von Art. 122—125, auch aufgelöst werden. Aber in einem solchen Falle darf man jeden Einzelvertrag nur für sich betrachten, und wenn er faktisch auch wegen Auflösung eines andern aufgehoben wird, theoretisch haben sie nichts mit einander zu tun. Ihre gegenseitige Verkettung wird nur bei Beurteilung des Schuldmomentes und der Schadenersatzklage in Berücksichtigung fallen.

Eine eigentliche Wirkung gegen dritte Personen hätte die Auflösung dann, wenn man ihr rückwirkende Kraft und dingliche Folgen geben wollte. Wir finden aber weder in den Art. 124 und 125, noch in den übrigen Bestimmungen des O.-R. einen Anhalt für diese Ansicht. Das O.-R. regelt in seinem VI. Titel die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen. Im Gegensatz zum französischen Rechte kann nach schweizerischem das Eigenthum nicht durch blossen Vertrag, sondern nur durch Tradition der Sache übertragen werden. Ist dasselbe aber einmal übertragen, so bleibt es ohne Einfluss, ob die *causa traditionis* später weg falle oder nicht, d. h. ob der Vertrag über die Sache aufgelöst oder von beiden Teilen vollständig erfüllt werde.

§ 8.

Rückforderung der Gegenleistung.

Betrachten wir nun das Recht des nicht säumigen Theils auf Rückforderung seiner Gegenleistung noch etwas näher.

1. Derselbe kann Alles zurückfordern, was er zum Zwecke der Erfüllung des aufgelösten Vertrages geleistet. Das allein entspricht dem Wortlaute der Art. 124 und 125. Ist dies richtig, so folgt daraus:

a) Die säumige Partei muss restituieren, auch wenn ihr gar kein Verschulden zur Last fällt. Sie wird mit Bezug auf diesen Anspruch nicht zum Beweise ihrer Nichtschuld zugelassen, noch viel weniger kann sie verlangen, dass der Zurücktretende ihr ein Verschulden nachweise, soweit er bloss das Geleistete zurückfordert. Es handelt sich hier nicht um eine Schadenersatzforderung; es finden also weder der Art. 110 noch die Bestimmungen der Art. 124 und 125 Anwendung, soweit diese betreffs des Schadenersatzes von einem Verschulden des säumigen Teiles sprechen. Wäre noch ein Zweifel über die Richtigkeit dieser Auffassung möglich, so würde er gehoben durch Art. 145. Dieser Artikel sagt:

„Soweit durch Umstände, welche der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen. Bei zweiseitigen Verträgen hat der freigewordene Schuldner die bereits empfangene Gegenleistung herauszugeben und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung. Ausgenommen sind die Fälle, in welchen die Gefahr vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.“

b) Die säumige Partei muss die empfangene Gegenleistung restituieren ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Rückforderung noch bereichert sei oder sich böswillig der Bereicherung entäussert habe. Der Anspruch auf Rückforderung darf nicht nach Art. 73 O.-R. beurteilt werden. Es mag dies auf den ersten Blick seltsam erscheinen. Allein wir stossen im O.-R. auf ein ähnliches Verhältniss bei den zweiseitigen Verträgen mit einem Handlungsunfähigen. Wenn ein solcher Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter nicht genehmigt wird, so haftet der Handlungsunfähige nach Art. 33 O.-R. ebenfalls ohne Rücksicht

auf Bereicherung, auf Rückerstattung des Empfangenen; nur der nicht gebundene Teil haftet bloss insoweit, als die Leistung für ihn nützlich verwendet worden, oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäussert hat.

c) Ist die Rückleistung *in natura* nicht möglich, so muss nun der säumige Kontrahent den Wert des Empfangenen ersetzen, auch wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt, oder er nicht mehr bereichert ist.

2. Ob sich das Rückforderungsrecht auch auf die vom Empfänger inzwischen bezogenen Früchte erstrecke, erscheint uns zweifelhaft. Die Art. 124 und 125 sagen darüber nichts. Am richtigsten ist wohl folgende Lösung der Frage: Wenn der säumige Teil kein Verschulden am Verzuge trägt, so bilden die bezogenen Früchte eine Bereicherung, welche er dem Gläubiger nach Massgabe der Art. 70 und 73 O.-R. zu restituieren hat, d. h. er hat nur die bezogenen Früchte herauszugeben, und diese auch bloss, soweit er zur Zeit der Rückforderung noch durch dieselben bereichert ist.

Wenn dagegen ein Verschulden der säumigen Partei vorliegt, so wird die andere als Schadenersatz im Sinne von Art. 124 nicht bloss die bezogenen, sondern sogar den Wert der versäumten Früchte verlangen dürfen, ohne jede Rücksicht darauf, ob auf Seite des Schuldners eine Bereicherung eingetreten sei oder nicht. (Vergl. auch Art. 241.)

3. Besteht die Leistung, welche zurückerstattet werden soll, in einer Geldsumme, so hat der Berechtigte einfach eine Forderung an den andern, auf die Summe und allfällig bezogene Zinsen.

4. Schwieriger gestalten sich die Verhältnisse, wo eine Spezies hingegeben wurde und nun wieder zurückgegeben werden sollte. Der Rücktritt hat, wie schon gezeigt, keine dinglichen,

sondern bloss obligatorische Wirkungen.¹⁾ Besondere Fälle (Eigentumsvorbehalt Art. 264) ausgenommen, kann deshalb der Zurücktretende das Geleistete nicht mit der Eigentumsklage, sondern nur mit einer Forderungsklage verlangen. Während erstere — abgesehen von Beschränkungen der Vindikation z. B. Art. 205 — gegen jeden Dritten gehen müsste, kann die letztere nur gegen den Mitkontrahenten gerichtet sein, gegen Dritte nur, soweit sie in das Vertragsverhältniss durch Cession, Delegation, Erbschaft u. s. w. eingetreten sind. Hat der Empfänger die Sache veräussert, so bleibt gegen ihn nur noch die Klage auf Schadenersatz.

5. Gerade auf dem Gebiete des Immobilienverkehrs, wo die Rückforderung einer hingegebenen Sache auch praktisch höchst wichtig wäre,²⁾ gelten die Bestimmungen des O.-R., auch die Art. 122—125 nicht mehr. Es hängt wesentlich von der Auslegung des Art. 231 O.-R. ab, ob der Immobilienverkehr auch unter den allgemeinen Teil, also auch unter Art. 122—125 O.-R. fällt oder nicht. U. Er. können Kaufverträge über Liegenschaften nicht halb unter eidgenössischem, halb unter kantonalem Rechte stehen, sondern es gilt für sie einzig das kantonale Recht, in seiner ganzen Mannigfaltigkeit. In der Westschweiz finden wir die Frage durch das französische Recht³⁾ in einem dem Rücktritt günstigen Sinne gelöst; allein für das eidgenössische Recht können dessen Erwägungen nicht massgebend sein. Das O.-R. ist eine Gesetzgebung für den Mobiliarverkehr. Unsere

¹⁾ Umgekehrt nach französischem Recht, weil dieses an den Vertrag überhaupt dingliche Wirkungen knüpft, welche das O.-R. nie dem Verträge, sondern erst noch andern Rechtsgeschäften, der *tradition*, Eigentumsübergabe verleiht. Die strenge Wirkung der Auflösung findet dort eine Grenze in der beschränkten Vindikationsfreiheit. L a u r e n t, Principes XVII. No. 145—149. No. 154. (Vindikation der bezogenen Früchte.)

²⁾ In der französischen Praxis spielt der Art. 1184 im Immobilienverkehr eine sehr bedeutende Rolle.

³⁾ S. z. B. L a u r e n t, Principes XVII, No. 144—154.

Darstellung muss sich daher, wie die Art. 122—125 selbst, auf den Rücktritt von Verträgen über bewegliche Sachen beschränken.

6. Die Pflicht zur Rückgabe des Empfangenen berührt zuweilen die Pflicht zum Schadenersatz sehr nahe, so dass beide schwer auseinander zu halten sind. Der Teil, der die Auflösung des Vertrages veranlasste, soll nach Möglichkeit den Zustand wieder herstellen, der vor Abschluss desselben bestand. Wenn er dadurch zu Leistungen gezwungen ist, die als wahrer Ersatz eingetretenen Schadens nicht gelten können, so ist zweifelhaft, ob diese unter die Regeln über den Schadenersatz — mit seiner Beweislast — oder unter diejenigen über die Rückforderung zu stehen kommen? Die Entscheidung darüber mag im speziellen Falle schwierig sein; hier genüge ein Beispiel, über das die Bundesgesetzgebung entschieden hat: Nach Art. 4 des Eisenbahntransportgesetzes ist der Kontrakt, den der Reisende durch „Kauf“ eines Billets mit der Eisenbahn abschliesst, ein Fixgeschäft. Daher kann der Reisende:

a) bei verspätetem Abgang seines Zuges (um $1/2$ Std.) ohne Weiteres zurücktreten; ebenso, wenn er wegen verfrühtem Abgang des Zuges den nächsten erwarten müsste;

b) ist durch Verspätung des Zuges (Verzug) die Weiterreise nutzlos geworden, so kann der Reisende durch Aufhebung des Vertrages nicht nur sein Fahrgeld wieder erlangen, sondern er ist auch berechtigt, ohne Entgelt zurückzufahren, wenn die Verspätung nicht durch höhere Gewalt herbeigeführt war. Allerdings liegt hier ein Spezialfall vor: können aber nicht ähnliche Fälle auf andern Gebieten vorkommen, wo nicht eine besondere Gesetzgebung die Sache erledigt?

§ 9.

Der Anspruch auf Schadenersatz.

1. Die gewöhnliche Folge der Nichterfüllung eines Vertrages ist Verpflichtung zum Schadenersatz (Art. 110 des O.-R.). Der

Schuldner kann sich derselben durch den Beweis entziehen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 110, Art. 118), und sich so von der Verpflichtung zum Schadenersatz, sei es neben Erfüllung, sei es an Stelle derselben befreien. Anders liegt die Sache beim Anspruch auf Schadenersatz, welcher geltend gemacht werden kann bei der Nichterfüllung, die wegen Rücktritt einer Partei eintrat, m. a. W. welche zum Rücktritt vom Vertrage, als Folge desselben hinzutritt. Art. 124 und 125 O.-R. drücken sich in ganz gleicher Weise aus: Der vom Vertrage Zurücktretende kann das von seiner Seite Geleistete zurückfordern, und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen. Darin regelt das O.-R. die Beweisfrage in einer dem Grundsatz von Art. 110, Art. 118 gerade entgegengesetzten Weise. Dieses „Verlassen eines Prinzips“ ist der Gegenstand lebhafter Kritik der betr. Artikel geworden.

2. Der Entwurf von Munzinger (Art. 159) lässt den nichtsäumigen Kontrahenten gegen den, welcher sich im Verzuge befindet, das Rücktrittsrecht geltend machen, unbeschadet seines Anspruches auf Schadenersatz (ebenso E. von 1876, Art. 149, 150, 152). Der Anspruch auf Schadenersatz ist Folge der Nichterfüllung des Vertrages und steht unter dem allgemeinen Art. 110, unter dem speziellen Art. 118, wie wir dies oben erwähnt haben.

3. Durch Verlegung der Beweislast hat das O.-R. in seiner gegenwärtigen Fassung den säumigen Kontrahenten günstiger gestellt. Ohne dass dieser ein Verschulden am Verzuge trägt, darf der andere den Vertrag auflösen, und der erstere kann dadurch unverdientermassen schwer getroffen werden. Seine Lage würde sich aber noch bedeutend verschlimmern, wenn er, um weiteren Verpflichtungen zu entgehen, den in Art. 110 und 118 vorgesehenen Beweis leisten müsste — eine Unbilligkeit gegenüber dem, der am Verzuge eigentlich un-

s ch u l d i g i s t, den geforderten Beweis aber nicht beizubringen vermag. Der Zurücktretende hat neben der Auflösung des Vertrages noch andere Mittel, sich ohne Nachteil aus der Sache zu ziehen: wählt er die Aufhebung des Vertrages, weil sie ihm am meisten Vorteile verspricht, so soll er auch, wo er ein Mehreres verlangen will, seine Forderung rechtfertigen nicht bloss durch den Nachweis des Schadens, sondern auch des Verschuldens seitens des andern Teiles. Der Rücktritt vom Vertrage, das Recht auf Rückgabe des Geleisteten ist ihm s i c h e r, ob sein Beweis gelinge oder nicht. Es erscheint daher gerechtfertigt, wenn die Leichtigkeit, mit der er die Auflösung des Vertrages bewirken kann, durch eine Erschwerung des Schadenersatzanspruches gleichsam aufgewogen wird.

4. Das Rücktrittsrecht ist nicht eine Folge der Nichterfüllung eines Vertrages schlechthin, sondern des Verzuges im Besondern. In der Lehre von diesem letztern treffen wir ein anderes Rechtsverhältniss, das dem in Frage stehenden entspricht: Ohne Rücksicht auf ein Verschulden können die Verzugszinse gefordert werden (Art. 119), will aber der Gläubiger Ersatz eines erlittenen grössern Schadens, so muss er dem Schuldner ein V e r s c h u l d e n n a c h w e i s e n. An dieser Regelung der Ansprüche scheint niemand Anstoss zu nehmen, indem bei Verzug in Beziehung auf Geldleistungen „stets ein Verschulden präsumirt werde“. ¹⁾ Ähnlich machen die Art. 122—125 den Rücktritt n i c h t von einem Verschulden des säumigen Kontrahenten abhängig, wohl aber den Anspruch auf Schadenersatz: wir haben, um uns so auszudrücken, zwei Ausnahmen von der Hauptregel, Art. 110, vor uns.

5. Eine nähere Erörterung verdient das Urteil, das E. V o g t über die Art. 124 und 125 ausspricht. ²⁾

¹⁾ V o g t, Lfssl. Anl., Nr. 39, lit. b u. c.

²⁾ V o g t, Lfssl. Anl., Nr. 43.

„Unsere bernerische Satzung 705 sagt: „In jedem Falle,³⁾ haftet der säumige Teil für den Schaden, den er dem andern durch seine Säumniss verursacht hatte.““ Allein so lautet die Vorschrift des O.-R. leider nicht. Will ich zurücktreten vom Vertrage, so kann ich es, die Differenzklage (Schadenersatzklage) kann ich aber nur erheben, wenn ich von vorneherein eine Verschuldung des Fabrikanten (der säumigen Partei) nachweise. Dieser Nachweis gehört nach O.-R. 124 zur Begründung meiner Entschädigungsforderung. Das scheint ein geringer Unterschied zu sein; er ist aber in der Tat, wie jegliche Abweichung von Prinzipien von grosser Tragweite. — Ich stehe nicht an, in dieser Neuerung einen Rückschritt gegen Bern. Civilr. zu erblicken.“

Vogt sucht zu erklären, wie das O.-R. dazu kam, dem Rücktretenden den Beweis einer Verschuldung des säumigen Teiles aufzubürden, aber, wie uns scheint, ohne Erfolg.⁴⁾ Was den Rückschritt gegenüber dem Bern. C.-Ges. betrifft, so kann man von einem solchen kaum sprechen. Eine Vergleichung zwischen O.-R. und B.-C. könnte man überhaupt nur dann anstellen, wenn sie sich auf den gleichen Grundanschauungen bewegen würden; dem ist aber nicht so. Art. 122 O.-R. und Satz. 705 B.-C. widersprechen sich, wie Vogt selbst sagt. Der zweite Satz von Satz. 705 hat den Ausnahmefall des Rücktritts

³⁾ d. h. bei verspäteter Erfüllung, wie im Falle eines allfälligen Rücktritts.

⁴⁾ S. Vogt, Lfssl. Anl., Nr. 43, lit. c:

„Ein Beispiel wird das am besten darlegen: Müller hat auf den 20. Oktober dem Schulze 100 Stück Centralbahnaktien à 590 Fr. verkauft; Müller hat kein Stück Centralen, aber auf 18. Oktober fix hatte ihm Meyer 120 dieser Papiere à 585 Fr. zu liefern. Meyer hält nicht; am 19. Oktober stehen sie an der Börse auf 580 Fr., wo Müller 100 Stück zu diesem Preise kauft und dann mit einem Profit von 1000 Fr. an Schulze abgibt.“

Wie das Beispiel die Frage erläutern soll, ist uns kaum begreiflich. Von einem Schadenersatz kann ja dabei gar keine Rede sein; daher ist auch für einen Beweis des Verschuldens u. s. w. in dem spez. Falle gar kein Platz.

nur unter der Voraussetzung vorgesehen, dass er vertraglich geordnet sei. Hätte aber B.-C. 705² gleich gelautes, wenn das Gesetz die Auflösbarkeit zweiseitiger Verträge allgemein anerkannt hätte wie das O.-R.? — Noch unberechtigter erscheint uns der Vorwurf V o g t s (betr. den Rückschritt) in Anbetracht, dass B.-C. am gemeinrechtlichen Verzugsbegriff festhält, der ein Verschulden des säumigen Teiles voraussetzt. Das O.-R. aber sieht davon ab; — schon dies allein schliesst eine Vergleichung zwischen dem O.-R. und dem B.-C. u. Er. aus.

6. Für die Praxis wird bei Anwendung der von V o g t angefochtenen Bestimmungen (Art. 124 und 125) das meiste davon abhängen, ob der Schuldbeweis leichter oder schwerer zu erbringen ist. Als Beispiel diene ein Fall, den V o g t anführt: (Fixgeschäft.)

„Ich bin Festwirt, habe das dazu nötige Geschirr *en gros* bei dem Fabrikanten bestellt, der es mir unfehlbar bis zum 15. zu liefern versprochen, da das Fest am 18. beginnt; es langt nicht an; der 15. Montag war da wesentliche Vertragsbestimmung, und ich bin berechtigt, am 16. das Geschirr *en détail* zu kaufen, und die erst an diesem Tage anlangende Sendung des Fabrikanten zurückzuweisen.“ — Dann kann ich nach B.-C. die Preisdifferenzklage wegen Deckungskauf erheben; dies ist eine Form des Schadenersatzanspruches, von dem sich der Fabrikant „selbstverständlich“ durch den Nachweis befreien kann, dass seine Sendung durch einen Zufall unterblieben sei.“ —

Gerade für diesen Fall hat die „Abweichung vom Prinzip“ u. Er. wenig zu bedeuten; denn der Wirt wird an der Hand von Zeugen, des Frachtbriefes u. s. w. beweisen können, dass der Fabrikant die Waare zu spät abgesandt hat, als dass sie bei gewöhnlicher Beförderung rechtzeitig bei ihm eintreffen konnte. Damit ist auch der Schuldbeweis geleistet. Dass in der Thonwaarenfabrik die Maschine ganz geblieben, dass nicht

Arbeitermangel geherrscht, dass genügend Rohmaterial vorhanden war, gehört nicht zum Schuldbeweise. V o g t hätte, um die Ungeheuerlichkeit des in Art. 124 und 125 anerkannten Prinzips zu zeigen, wohl besser ein anderes Beispiel gewählt. — Wir halten unsrerseits den Beweis einer „Schuld“, deren Begriff alle Abstufungen von *dolus* und *culpa* umfasst, nicht für so schwierig, dass eine wirklich u n b i l l i g e Benachteiligung des Rücktretenden — das Rücktrittsrecht bleibt ihm ja u n b e d i n g t — eintreten dürfte. Er hat zu beweisen:

- a) dass der andere Teil im Verzuge sei (Verzug im Sinne von § 2);
- b) dass und welcher Nachteil ihm daraus erwachsen sei;
- c) dass der Säumige nicht alles das tat, was er zum Zwecke der Vertragserfüllung hätte tun sollen und können.

N i c h t bewiesen zu werden braucht dabei, dass dem Verzuge alle und jede Entschuldigungsgründe fehlen, dass der Säumige durch Nichts an der Erfüllung verhindert worden sei. Der Schadenersatzanspruch ist so gut wie gesichert, sobald es sich um G e l d l e i s t u n g e n handelt. Doch halten wir es hier nicht am Platze, eine Präsumption für Verschulden nach O.-R. anzunehmen.⁵⁾ — Die Festsetzung des Schadenersatzes ist gemäss Art. 116 Sache des Richters, welcher den Betrag in unparteiischer Würdigung der Umstände bestimmen darf. So halten wir die Verbindung von Rücktrittsrecht und Schadenersatzklage in Art. 122—125 den Anforderungen eines pünktlichen und loyalen Verkehrs entsprechend.

7. Den Ansichten von Prof. V o g t entspricht weit mehr als das O.-R. das deutsche H.-G.-B. Art. 354—357. Der Rücktritt aus einem Handelskaufe⁶⁾ setzt dort aber einen Verzug im Sinne des gemeinen deutschen Rechts voraus, und der

⁵⁾ Die Präsumption (V o g t, 39b) haben wir für O.-R. nicht anerkannt. S. oben § 2.

⁶⁾ Darauf sind diese Artikel beschränkt.

accessorische Schadenersatzanspruch ist dem H.-G.-B. nicht bekannt, sondern es lässt nur die Wahl zwischen Rücktritt oder Schadenersatz an Stelle der Erfüllung. Der Beweis der Schuldlosigkeit bei der Nichterfüllung befreit den Beklagten von beiden Verpflichtungen. Ist das O.-R. für denjenigen, gegen welchen ein Vertrag nicht erfüllt wird, also nicht günstiger als das H.-G.-B.? — In der Frage, die uns hier beschäftigt, lehnt sich das O.-R. wieder an den vielerwähnten Art. 1184 *Code civ.* an. Der Kontrahent, gegen den der Vertrag nicht erfüllt wurde, kann vor dem Richter die *résolution du contrat avec dommages et intérêts* verlangen. Daher ist für das französische Recht die Praxis der Gerichte massgebend, welche, wie es scheint, die Auflösung des Vertrages stets verfügten, Schadenersatz aber nur dann zusprachen, wenn aus dem Prozess eine *culpa* des Nichterfüllenden erhellte. Die Sache ist u. Er. wichtig genug, um einen Blick auf die betreffende Praxis zu rechtfertigen:

*Il a été jugé en ce sens, que le cas de force majeure peut bien affranchir des dommages-intérêts, en cas d'inexécution, mais non de la résolution du contrat.*⁷⁾ — Ein Pariserhaus wurde durch die Belagerung von Paris in die Unmöglichkeit versetzt, eine Lieferung Getreide von Marseille entgegenzunehmen; der Lieferant klagt auf Vertragslösung und Schadenersatz. Urteil: *Les événements qui mettent l'une des parties contractantes d'un marché à terme dans l'impuissance d'exécuter ses engagements à la date convenue, constituent des cas de force majeure, alors que la partie ainsi empêchée a fait tous les efforts pour prévenir cette impuissance et en éviter les effets. La force majeure entraîne, sur la demande de la partie qui a qualité*

⁷⁾ Dalloz, Rep. Alfab. Jurispr. Bd. 33 v. Obligation No. 1244.

Ueber den Schadenersatz s.

Laurent, Princ. XVII. No. 155; XXIV. No. 357. XXV. No. 377.

Demolombe C. d. C. N. XXV. No. 523 (Art. 1184).

pour s'en prévaloir, la résiliation pure et simple du marché. Die *Cour de cassation* verwirft das Begehren auf Schadenersatz in Anbetracht, *que le demandeur n'a rapporté la preuve d'aucune faute, commise par les défendeurs.*⁸⁾ — In einem Prozesse, wo Kläger und Beklagte gegenseitig Auflösung und Schadenersatz verlangten, wurde diese zu Gunsten des Beklagten, mit Anspruch auf Schadenersatz ausgesprochen, weil der Kläger die Erfüllung des Vertrages aus nicht stichhaltigen Gründen verweigerte, also *in culpa* war.⁹⁾ Ebenso wurde geurteilt gegen einen Käufer, der wegen Mangel an Mitteln mit der Entgegennahme der Waare zögerte.¹⁰⁾ Ist aber die Nichterfüllung des Vertrages durch nichtgenaues Innehalten der Vertragsbestimmungen von Seite des auflösenden Teils verursacht worden, so erscheint eine Schadenersatzforderung ausgeschlossen: *En appréciant les torts respectifs des parties la cour de Lyon a usé de son droit souverain. La résolution d'un contrat peut être prononcé contre la partie qui en a enfreint les clauses, encore que cette infraction aurait pour cause le fait de l'autre partie.*¹¹⁾ — C. civ. Art. 1184 spricht nicht von einem zu erbringenden Beweise der Schuld, wie O.-R., Art. 124 und 125; der Richter soll *selon les circonstances* nach den im Prozesse angeführten Tatsachen urteilen. Immerhin hat auch der schweiz. Richter fast den nämlichen *pouvoir discrétionnaire* wie der französische, das Recht der freien Würdigung der Umstände und Schätzung des Schadens (Art. 116 O.-R.). Wir dürfen wohl hoffen, dass die Art. 122—125 eine richtige und massvolle Anwendung in allen Teilen finden werden.

⁸⁾ Also fast genau O.-R. 124! Dalloz, Rec. 1872, I., S. 360.

⁹⁾ Dalloz, 1871, I., S. 331.

¹⁰⁾ Im nämlichen Falle entschied ein kassirtes Urteil zu Gunsten des Käufers für Auflösung und Schadenersatz, weil der Verkäufer zu früh über die noch nicht entgegengenommene Waare weiter verfügt hatte, also auch *in culpa* war.

¹¹⁾ Dalloz, 1850, I., S. 11. — Dalloz, 1872, II., S. 193.

§ 10.

Das Recht der Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt.

Die Auflösung des Vertrages im Sinne von Art. 122—125 tritt nicht von selbst ein, sondern sie muss vom berechtigten Teile geltend gemacht werden.

1. Der Gläubiger hat zwischen zwei Rechten die Wahl —

a) der Klage auf Erfüllung und auf Schadenersatz wegen Verzuges. Dann hat der Beklagte zu beweisen, dass ihm kein Verschulden zur Last falle. (Art. 110.)

b) dem Rücktritte vom Vertrage, mit dem Rechte auf Rückforderung der schon gemachten Leistung und auf Schadenersatz. Der Gläubiger kann letztern nur fordern, wenn er ein Verschulden des Beklagten nachweist. (Art. 124, 125.)

Wird durch dieses Recht der Anspruch auf Schadenersatz an Stelle der Erfüllung, wie er sich aus Art. 110 ergibt, ausgeschlossen? Ueber diese Frage sagt Vogt:¹⁾

„In dem ganzen Gefüge fehlt aber etwas, was zwischen *a* und *b* hineinzustellen wäre, nämlich die Klage auf Schadenersatz anstatt der Erfüllung. Ihr geeignetstes Beispiel ist die durch einen Deckungskauf eingeleitete Preisdifferenzklage. Wird es gelingen, sie in das Gesetz hineinzuschmuggeln? Der grosse Verkehr kann ohne sie nicht bestehen; — auch für den Verkäufer muss sie vorhanden sein. — Ohne gesetzliche Vorschrift ist diese Manipulation in Frankreich so gut Rechtens, wie in Deutschland mit dem Gesetze. In der Schweiz geht das nicht an, da soll noch eine Schuld des säumigen Käufers oder Verkäufers bewiesen werden!!“ —

Die Klage auf Schadenersatz statt der Erfüllung, ist u. Er. in den Fällen nicht zulässig, wo sie faktisch in ihren Wirkungen

¹⁾ Vogt, Leichtfassl. Anltg., No. 44, Al. 2.

mit dem Rücktritte zusammenfällt. Für den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages im Sinne von Art. 122—125 wird allerdings nicht Art. 110, sondern die Norm jener Artikel in Betracht kommen. Sobald aber eine nicht gehörige Erfüllung, oder eine Nichterfüllung des Vertrages sich nicht als „Verzug“ (wie Art. 122—125 ihn verlangen) kennzeichnet,²⁾ so können die speziellen Bestimmungen von Art. 122—125 keine Anwendung finden, dann bleibt dem geschädigten Teile die Klage aus Art. 110 in ihrer ursprünglichen Gestalt gewahrt; ebenso überall da, wo besondere Gesetzesbestimmungen auch für zweiseitige Verträge die Anwendung der Artikel ausschliessen.³⁾ — Wenn nun *V o g t* oben die Beschränkung des Art. 110 durch die Art. 122—125 so sehr tadelt, so schweben ihm wohl die Bestimmungen des deutschen H.-G.-B. vor. Wir müssen hier nochmals betonen: dass dort auch der Rücktritt durch Beweis der Schuldlosigkeit beim Verzuge unmöglich gemacht werden kann, dass eine Schadenersatzforderung neben dem Rücktritte nicht zugelassen wird; dass auch die Schadenersatzforderung selbst durch einen Beweis des Beklagten hinfällig gemacht werden kann: — alles anders im O.-R.: Rücktritt in allen Fällen möglich, ebenso ein access. Schadenersatzanspruch, wenn das nötige Verschulden nachgewiesen wird. Eine Verkürzung der Rechte des Gläubigers im Vergleiche zum H.-G.-B. tritt u. Er. im O.-R. nicht ein. Gerade in den Fällen, auf die *V o g t* besonders Rücksicht zu nehmen scheint, kann dem Säumigen ein Verschulden nicht nachgewiesen werden, er kann aber auch den frei machenden Beweis nicht leisten: die Sache des Klägers ist also etwas zweifelhaft. Soll man nun dem O.-R. einen Vorwurf machen, wenn es den im letzten Paragraphen dargelegten billigen Mittelweg einschlägt? Die Behauptung,

²⁾ Art. 242; Art. 249; besonders Art. 252; Art. 273; Art. 276, 277.

³⁾ Art. 264, besonders deutlich in der Anwendung beim Tausch Art. 272.

dass der Grosshandel ohne die erwähnte Regel von H.-G.-B. nicht bestehen könne, scheint noch den Beweis erwarten zu müssen; vielleicht wird ihn die schweiz. Praxis erbringen, wahrscheinlich aber nicht.⁴⁾

2. Das Verhältniss zwischen dem Rechte auf Erfüllung des Vertrages und dem Rechte zum Rücktritt ist u. Er. folgendes:

Die Erfüllung des Vertrages ist das natürliche und gewollte Ende der Verpflichtungen, die aus demselben entstehen; das Recht zum Rücktritte ist dem Gläubiger neben dem Recht auf Erfüllung zur Wahl gestellt; jenes kann auch dann noch geltend gemacht werden, wenn der Anspruch auf Erfüllung nicht verwirklicht werden kann. Wollte man in diesem Falle dem Gläubiger das Recht zum Rücktritte nehmen, so müsste man ihn konsequenter Weise ausschliesslich auf Art. 110 O.-R. verweisen. Nun ist aber der Vertrag ein zweiseitiger; sobald sich die Nichterfüllung desselben als Verzug kennzeichnet, so gelten die Art. 122—125, nicht Art. 110.

Ist der Vertrag erfüllt, so kann der Gläubiger in keinem Falle mehr dessen Auflösung herbeiführen, auch dann nicht, wenn die Erfüllung zu spät erfolgte, ein Ersatz für den Verzug nicht gegeben wurde, und die Voraussetzungen für den Rücktritt Art. 122—125 da waren. Dagegen hat die Erklärung des Gläubigers, die Erfüllung des Vertrages zu wollen, nicht die nämliche Wirkung. Wenn eine Partei, wie z. B. nach Art. 123, vom Vertrage ohne Weiteres zurücktreten kann, und doch die

⁴⁾ Beispiel von Vogt: „Auf Medio hat Paul dem Peter 100 Ballen Baumwolle gegen baar à Fr. 75 per Zentner zu liefern. Peter findet sich mit dem Gelde nicht ein, Paul verkauft die 100 Ballen nach dem Curse des 15., z. B. zu 72, und fordert vom Peter die Differenz.“ „Da soll noch eine Schuld des säumigen Käufers bewiesen werden!“ U. Er. kein durchschlagender Beweis für Vogts Anführungen. Da es sich um eine Geldleistung handelt, so wäre nach Vogts Lehre (Nr. 40 b, Art. 119) ein Verschulden zu präsumiren! Auch sonst wird der Beweis nicht sehr schwer fallen.

Erfüllung desselben von der andern fordert, so tut sie dies in der Erwartung einer bald erfolgenden Leistung. Tritt ein erneuter Verzug ein, so braucht sie nicht zu Art. 122 Zuflucht zu nehmen,⁵⁾ sondern sie kann vom Rechte zum Rücktritt, das ihr noch zusteht und auf das sie nicht verzichtet hat, Gebrauch machen.

Von der blossen Erklärung, die Erfüllung des Vertrages zu wollen, kann der Gläubiger zu weiteren Schritten vorgehen, zur Klage, welche die Verurteilung des Beklagten herbeiführt. Damit wird die Entscheidung zwischen Erfüllung und Rücktritt eine feste, unveränderliche. Es ist dann Sache des Klägers, sich die Erfüllung des Vertrages zu verschaffen, oder im Falle der Nichterfüllung gemäss den Art. 110, Art. 111 u. ff. Schadenersatz zu fordern.

3. Die Freiheit in der Wahl ihres Anspruches fehlt derjenigen Partei, welche zuerst das Rücktrittsrecht geltend gemacht hat, nachher aber dennoch Vertragserfüllung verlangen möchte. Gerade weil durch den Rücktritt der Vertrag dahingefallen ist, dürfen aus demselben keine weiteren Rechte mehr abgeleitet werden: *electa una via non datur recursus ad alteram*. Es ist eine Forderung des gutgläubigen Verkehrs, dass jeder Kontrahent, auch der säumige, über den Bestand seiner Verpflichtung Gewissheit habe.

Nach dem Wortlaut des Artikels 122 darf der berechtigte dem säumigen Teil zur Erfüllung des Vertrages eine Frist ansetzen mit der Androhung, dass nach Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei. Geschieht die Androhung in dieser Form und in diesem Sinne, in kategorischer Weise, wie es das Gesetz verlangt, so liegt ein bedingt erklärter Rücktritt vor. Tritt die Bedingung ein, läuft die Frist ohne Erfüllung ab, so ist die Auflösung des Vertrages eingetreten,

⁵⁾ Indem sie nun eine Frist ansetzt, Auflösung androht u. s. w.

und jeder der beiden Teile kann dieselbe geltend machen. Der Rücktretende kann nicht mehr dessen Erfüllung verlangen.⁶⁾

Es ist dann ganz gleichgültig, ob die Auflösung des Vertrages der einen oder andern Partei zum Schaden gereiche; ob die Rechte, welche der rücktretenden Partei aus der Auflösung des Vertrages zustehen, geltend gemacht werden können oder nicht; ob eine Rückforderung schon gemachter Gegenleistungen von Erfolg begleitet ist; ob der Beweis der *culpa*, die eine Schadenersatzforderung bedingt, gelingt oder nicht. Der Vertrag ist dahingefallen; eine Partei allein kann nicht mehr auf ihn zurückkommen; wollen es aber beide, so schliessen sie einen neuen ab.

Für beide Parteien ist es von Interesse, dass die Wahl zwischen den verschiedenen Befugnissen rasch getroffen wird. So lange aber der Rücktritt nicht erklärt wird, kann der säumige Kontrahent durch gehörige Leistung, unter Umständen mit Schadenersatz wegen allfälligem Verschulden beim Verzuge, die weitere Folge seines Verzuges, die Auflösung des Vertrages verhindern. Der zum Rücktritt Berechtigte, welcher mit einer bestimmten Erklärung desselben zögert, muss u. Er. eine gehörige Leistung entgegennehmen; ein solches Anerbieten zurückweisen und die Auflösung des Vertrages geltend machen, darf er nur im Falle von Art. 125.

Die Forderungen aus dem Vertrage gehen in der gewöhnlichen Verjährungszeit unter, nach 5 oder 10 Jahren. Damit erlischt nicht nur der Anspruch auf Erfüllung desselben, sondern auch auf die Folgen der Auflösung, besonders das Recht auf

⁶⁾ Der französische Text spricht nicht von einer *A n d r o h u n g*, die immer noch Zweifel an deren Verwirklichung in sich schliesst, sondern fast deutlicher von einem „zum Voraus benachrichtigen“, mit den oben erwähnten unabänderlichen Folgen: *en le prévenant que le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai.*

Der italienische Text entspricht wieder mehr dem deutschen.

Rückforderung der gemachten Gegenleistung. Allein so lange wird wohl niemand einen andern in Verzug lassen; ebensowenig wird ein Kontrahent so lange ungewiss verpflichtet sein wollen. Allerdings kann der säumige Teil eine bestimmte Erklärung des andern nicht förmlich verlangen: aber wie oben angedeutet, kann er dem Schwebezustand durch gehörige Erfüllung des Vertrages jederzeit ein Ende machen.



III. Teil.

Die Anwendung der Art. 122—125 auf einzelne Schuldverträge.

Modifikationen.

Die Art. 122—125 O.-R. gehören dem III. Titel des Gesetzes, über die Wirkungen der Obligationen, an; ihre Geltung erstreckt sich daher auf alle zweiseitigen Verträge, soweit bei den einzelnen nicht etwas Anderes bestimmt ist. Der Rücktritt wegen Verzuges eines Kontrahenten ist im deutschen H.-G.-B. auf den Handelskauf beschränkt. Das O.-R. hat sich mehr an das französische Recht, den Art. 1184 des *code civil* angelehnt, und die Möglichkeit eines Rücktrittes von einem Verträge in der angedeuteten Weise ausgedehnt. Die Ansichten über den Wert dieser Erweiterungen sind verschieden;¹⁾ unsere Aufgabe ist nicht, darüber zu urteilen. Allein wir müssen untersuchen, wie sich die Anwendung der Art. 122—125 auf

¹⁾ V o g t, Lfssl. Anltg. No. 43 c, S. 79: O.-R. hat das auf alle zweiseitigen bürgerlichen Verträge ausgedehnt und das war unüberlegt und wird zu Gesetzesübertretungen durch die Gerichte führen. — S. 80: Diese Art. 122—125 O.-R. geben bei allen Arten von Miet- und Gesellschaftsverträgen zu einer Menge von Übelständen Anlass u. s. w.

die in O.-R. besonders behandelten Vertragsarten gestaltet und wie das Gesetz selbst ihre Wirkung beschränkt, erweitert, oder ganz aufhebt. Wenn aber das O.-R. in einzelnen speziellen Bestimmungen auch für Fälle, die nicht unter die behandelten Artikel gehören, ein Rücktrittsrecht anerkennt, so fallen diese ganz speziellen Regeln ausser das Gebiet, welches wir in diesem Teile zu erörtern haben: den Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen V e r z u g e s einer Partei.

§ 11.

Kauf und Tausch.

I. Der Kaufvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag. Der Verkäufer soll dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse übergeben; der Käufer soll den Preis — eine Gegenleistung in Geld — bezahlen. Dadurch ist die Anwendbarkeit der Art. 122—125 an und für sich auf denselben ausser Zweifel gestellt.

Es fragt sich bloss, wie weit dieselben durch die besondern Bestimmungen über den Kaufvertrag modificirt seien.

1. Das Rücktrittsrecht des K ä u f e r s wegen Verzug des Verkäufers.

Hier muss man unterscheiden:

a) Verzug im n i c h t k a u f m ä n n i s c h e n V e r k e h r. Für diesen kommen die Art. 122—125 voll und ganz zur Anwendung.

b) Verzug im k a u f m ä n n i s c h e n V e r k e h r. Mit Bezug auf diesen bestimmt der Art. 234:

„Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungs-termin verabredet, so wird vermutet, dass der Käufer berechtigt sein solle, bei dem Verzuge des Verkäufers ohne Weiteres zurückzutreten.

Zieht jedoch der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er dieses dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termines anzuzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.“

In einer Beziehung ist durch diesen Artikel der Rücktritt erleichtert. Im kaufmännischen Verkehr besteht eine rechtliche Vermutung dafür, dass der Kauf mit fest bestimmtem Lieferungstermin wenigstens mit Bezug auf die Leistung des Verkäufers als Fixgeschäft abgeschlossen worden sei. (Art. 123.) Behauptet der Verkäufer ein Mahngeschäft, so liegt ihm der Beweis hiefür ob. — Dagegen wird das Recht des Käufers, auf Erfüllung zu klagen, in einer Richtung eingeschränkt. Er verwirkt dieses Recht, sofern er nach fruchtlosem Ablauf des Termines dem Verkäufer nicht unverzüglich anzeigt, dass er Erfüllung verlange, denn der kaufmännische Verkehr erfordert rasche Entscheidung. Zur Vermeidung von Missverständnissen und Zweifeln dürfte dem Käufer zu raten sein, auch den Rücktritt dem Verkäufer sogleich anzuzeigen. — Macht der Käufer von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch, so kommt u. Er. Art. 124 zur Anwendung. Der Käufer kann den allfällig zum voraus bezahlten Kaufpreis zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.

2. Das Rücktrittsrecht des Verkäufers wegen Zahlungsverzuges des Käufers. Auch dieses ist in mehrfacher Beziehung modifiziert.

Das Gesetz unterscheidet hier nicht zwischen kaufmännischem und nicht kaufmännischem Verkehr. Es geht aus von der Unterscheidung zwischen Baarkauf, Pränumerationskauf und Kreditkauf.

a) Es erleichtert den Rücktritt vom Baar- und vom Pränumerationskauf durch Art. 263: „Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu über-

geben, und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Käufer das Recht, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Er hat jedoch dem Käufer bei Vermeidung von Schadenersatz sofort Anzeige zu machen.“

Jeder Pränumerations- und jeder Baarkauf wird bei *mora solvendi* des Käufers mit Bezug auf das Rücktrittsrecht wie ein Fixgeschäft behandelt, auch wenn er nicht als solches geschlossen wurde. Der Verkäufer kann zurücktreten, ohne dem Käufer vorher gemäss Art. 122 eine Frist zur Erfüllung mit der Androhung ansetzen zu müssen, dass nach fruchtlosem Ablauf derselben der Vertrag aufgelöst sei. Dadurch ist dem Verkäufer selbst für den nicht kaufmännischen Verkehr der Rücktritt ausserordentlich leicht gemacht, zumal Art. 263 dieses Recht schlechthin an die Tatsache des Zahlungsverzuges knüpft, und nicht etwa, wie das in Art. 234 geschehen, eine blosse Rechtsvermutung für die Interpretation des Vertragswillens der Parteien aufstellt. — Allerdings muss der Verkäufer dem Käufer von seinem Rücktritte sofort Anzeige machen. Aber durch Unterlassung derselben verwirkt er das Rücktrittsrecht nicht, sondern wird bloss schadenersatzpflichtig. Im Uebrigen sind die Folgen des Rücktrittes in allen Beziehungen nach Art. 124 zu beurteilen.

b) Dagegen h e b t das O.-R. in einem Falle das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage a u f.

Art. 264. „Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer wegen Verzuges des Käufers nur dann vom Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich v o r - b e h a l t e n hat.“

Beim K r e d i t k a u f hat der Verkäufer kein g e s e t z - l i c h e s Rücktrittsrecht wegen Verzuges des Käufers. Er kann nur dann vom Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache

zurückfordern, wenn er sich dieses Recht vorbehalten hat, und zwar ausdrücklich. In jedem vorbehaltlosen Kreditkauf, ebenso in jeder vorbehaltlosen Uebergabe ¹⁾ des Kaufgegenstandes vor geleisteter Zahlung liegt ein stillschweigender Verzicht auf das gesetzliche Rücktrittsrecht des Art. 122.

Der Vorbehalt des Rücktrittes, auch ein allfälliger Eigentumsvorbehalt an der Kaufsache wirkt nur gegen den Käufer, nicht auch gegen gutgläubige dritte Erwerber der Kaufsache. Der Verkäufer kann sie von denselben nicht vindiciren.

Art. 264 bezeichnet auch die Grenze für die Möglichkeit, einen Kaufvertrag aufzuheben und die Waare zurückzuziehen, wenn diese sich auf dem Transporte befindet: er beschränkt das sog. *right of stoppage in transitu* zu Gunsten des Käufers.²⁾

¹⁾ Was bedeutet Gewahrsam in Art. 264? Detention wie in Art. 201 und 202 (s. Kommentar)? Dafür würde sprechen der franz. Text: *est passée entre les mains de l'acheteur*; ital.: *in potere del compratore*; — ein Zustand, in welchem der Käufer direkten körperlichen Einfluss auf die Sache hat.

Ist der Rücktritt erst dann ausgeschlossen, wenn die Waare in die Detention des Käufers geraten ist, also nicht schon, wenn das Eigentum übertragen ist? Oder sagt der Art.: nicht nur, wenn das Eigentum übergegangen, sondern schon dann, wenn die Sache in den Gewahrsam des andern gekommen ist? Art. 354 H.-G.-B. spricht wohl von Besitzesübergabe, O.-R. nicht. Wollte man die Frage im ersten Sinne beantworten, so wäre der Rücktritt zu gestatten, so lange nicht der Käufer, sondern nur sein Beauftragter (Kommentar, Art. 202: Fuhrmann, Spediteur, Frachtführer, den der Adressat geschickt) die Detention hat. Damit wäre die Beschränkung Art. 264 bedeutend abgeschwächt. Wahrscheinlicher ist aber, dass der Art. 264 in jedem Falle dann gelten soll, wenn der Käufer das Eigentum an der Sache erworben hat; ferner auch dann, wenn der Käufer blosse Detention an der Sache erlangte. Es ist hier jedoch nicht der Platz zu untersuchen, in welchen Fällen dies von praktischer Bedeutung ist.

²⁾ Code civ. kennt eine Beschränkung seines Art. 1184 im Sinne von Art. 264 O.-R. nicht. Deshalb geht dort das *droit de suite* viel weiter. — Vergl. Art. 16 des Eisenbahn-Transportgesetzes; Art. 453 O.-R.

II. Der Tauschvertrag ist der gegenseitige Vertrag *par excellence*: Jede Partei verpflichtet sich, der andern einen Gegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben. Deshalb finden auch auf beide Rechtsverhältnisse die gleichen Normen Anwendung: Jede Vertragspartei, sagt Art. 272, wird mit Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer, mit Bezug auf die ihr zugesagte Sache als Käufer behandelt. Gerade dadurch wird aber die Möglichkeit eines Rücktrittes vom Tauschvertrag stark verringert, weil für beide Verhältnisse Art. 264 Geltung erlangt; in ähnlicher Weise wird 263 Anwendung finden, weniger aber Art. 234, da, wenigstens bei uns, ein kaufmännisches Tauschgeschäft höchst selten vorkommen wird. Überhaupt bietet das Tauschgeschäft wegen seiner Seltenheit im Verkehr auch für unsere Frage nur geringes praktisches Interesse.

§ 12.

Miete und Pacht.

I. Der Mietvertrag wird im O.-R. durch Art. 274 folgendermassen definirt:

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter hiefür eine Vergütung zu bezahlen.

Dieser Vertrag ist somit, so gut wie Kauf und Tausch, unzweifelhaft ein zweiseitiger.

Die Auflösung des Mietvertrages bleibt auf die Zeit, für welche er vom Vermieter schon erfüllt ist, ohne Einfluss; eine Rückforderung ist ausgeschlossen, die Auflösung wirkt nur für die Zukunft. Deshalb berührt das Recht zum Rücktritt das Recht der Kündigung ganz nahe.

Durch die Kündigung werden Mietverträge auf unbestimmte Zeit gewöhnlich (Art. 289 bis 291), solche auf bestimmte Zeit

unter besonderen Umständen (Art. 292 und 293) aufgelöst. Die Kündigung ist ganz in das Belieben der Parteien gestellt, wenn diese nur die vertraglichen, ortsüblichen oder gesetzlichen Fristen innehalten. Mieter und Vermieter werden bei Verträgen auf unbestimmte Zeit oft lieber von der blossen Kündigung Gebrauch machen, auch wenn sie wegen Verzuges der andern Partei vom Vertrage zurücktreten können. Das Recht zum Rücktritt bei Verzugen einer Partei besteht daneben ungeschmälert fort. Es wird hauptsächlich Anwendung finden, wenn es sich um Lösung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrages oder um Lösung eines Vertrages vor Ablauf der Kündigungsfristen handelt.

1. Das Rücktrittsrecht des Mieters wegen Verzuges des Vermieters.

a) Kommt der Vermieter mit Ueberlassung der Mietsache in Verzug, so finden die Art. 122—125 ihre volle Anwendung.

b) Eine besondere Erwähnung verdient Art. 277:

„Wird die Sache in einem Zustande übergeben, welcher den vertragsmässigen Gebrauch ausschliesst oder in erheblicher Weise schmälert, so ist der Mieter berechtigt, nach Massgabe der Art. 122—125 von dem Vertrage zurückzutreten.“

Die Berufung auf die Art. 122—125 ist geeignet, die Meinung hervorzurufen, dass die in Art. 277 vorausgesetzten tatsächlichen Verhältnisse sich als Verzug des Vermieters kennzeichnen. Dies ist, wie wir schon auf Seite 39 nachgewiesen haben, unrichtig. Im übrigen kommen die Art. 122—125 in ihrem vollen Umfange zur Anwendung.

c) Art. 277 fährt fort:

„Gerät die Sache ohne Verschulden des Mieters in einen solchen Zustand, so kann derselbe eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietpreises verlangen und, wenn dem Mangel nicht binnen angemessener Frist abgeholfen wird, von dem Vertrage zurücktreten.“

Für den Fall der Verschuldung des Vermieters bleibt überdies dem Mieter der Anspruch auf Schadenersatz vorbehalten.“

Dieses Alinea sieht den Fall vor, dass der Vermieter mit seiner Verpflichtung, die Sache in richtigem Zustande zu erhalten, in V e r z u g gerät. Ob das Vorgehen des Mieters sich genau nach Art. 122 zu richten habe, bleibe hier dahingestellt. Der Anspruch auf Schadenersatz regelt sich nach Art. 124.

2. Der Rücktritt des V e r m i e t e r s wegen Verzögerung des Mieters bei Bezahlung des Mietzinses.

Art. 287 sagt: „Wenn der Mieter mit einer vor Ablauf der Mietzeit fälligen Zinszahlung im Rückstande geblieben ist, so kann ihm der Vermieter bei Mieten, welche für ein halbes Jahr oder längere Zeit geschlossen sind, eine Frist von dreissig Tagen, bei Mieten von kürzerer Dauer eine Frist von sechs Tagen mit der Androhung ansetzen, dass, sofern nicht innerhalb dieser Frist der rückständige Mietzins bezahlt werde, der Mietvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei.

Die Frist ist von dem Tage an zu berechnen, an welchem die Ansetzung derselben dem Mieter zugekommen ist.

Vorbehalten bleiben allfällige Entschädigungsansprüche des Vermieters.“

Der Artikel spricht nur von denjenigen Fällen, in denen allein eine Auflösung des Vertrages möglich ist, wo nämlich der Vertrag von Seite des Vermieters noch nicht vollständig erfüllt, die Gegenleistung vor Ablauf der Mietzeit fällig ist.¹⁾

¹⁾ „Vor Ablauf der Mietzeit fällig“ bedeutet u. Er. nicht: Fällig vor Ablauf der der Zinszahlung entsprechenden Mietperiode. (Vorausbezahlung muss verabredet sein, Art. 286.) Der Artikel spricht eben nicht von Mietperioden, sondern von der Mietzeit als einer Gesamtheit, wie es deutlich aus dem franz. und ital. Text hervorgeht: *Lorsque durant le bail le preneur est en retard pour le paiement d'un terme échu; — quando prima della scadenza della locazione, il conduttore sia in mora.*

Er verlangt, im Gegensatz zu Art. 122, nicht, dass der Mieter mit der Zinszahlung im Verzug sei, erleichtert also den Rücktritt des Vermieters dadurch, dass dieser den Mieter nicht in Verzug zu setzen braucht. Ueberall da, wo ein Verfalltag zur Bezahlung des Mietpreises verabredet ist, befindet sich der Mieter, wenn er den Termin nicht einhält, nicht nur im Rückstande, sondern im Verzuge. Man könnte nun versucht sein anzunehmen, in diesem Falle finde Art. 122, nicht Art. 287 Anwendung, und der Vermieter sei nicht an die Fristen dieses Artikels gebunden, wenn eine kürzere angemessen erscheine. Allein es ist doch viel wahrscheinlicher, dass der Gesetzgeber der Einfachheit wegen beide Verhältnisse gleich behandeln wollte, sofern nicht ein Fixgeschäft im Sinne von Art. 123 vorliegt. In der Tat sind die in Art. 287 angesetzten Fristen so kurz, dass kein Bedürfniss vorhanden ist, auch noch die Ansetzung kürzerer Fristen zu ermöglichen.

Die Entschädigungsansprüche des Vermieters regeln sich nach Art. 124. Ein Verschulden des Mieters bei der Verzögerung der Zinszahlung wird der Vermieter leicht nachweisen können, da es sich gewöhnlich um Geldleistungen handelt.

II. Der Pachtvertrag (Art. 296) schliesst sich in allen Beziehungen enge an den Mietvertrag an und ist ebenfalls ein zweiseitiger Vertrag.

Die Art. 122—125 finden auf ihn in ganz ähnlicher Weise Anwendung, wie auf den Mietvertrag. Hervorzuheben ist nur Art. 312, welcher mit einigen Modifikationen den Inhalt des oben erörterten Art. 287 wiedergibt; er lautet:

Art. 312: „Wenn der Pächter den Pachtzins zur Verfallzeit nicht bezahlt, so kann ihm der Verpächter eine Frist von *s e c h z i g* Tagen mit der Androhung ansetzen, dass, sofern nicht innerhalb dieser Frist der rückständige Zins bezahlt werde, der Pachtvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei.

Die Frist ist von dem Tage an zu berechnen, an welchem die Ansetzung derselben dem Pächter zugekommen ist.

Bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstückes hat der Pächter auf die bei der Auflösung des Vertragsverhältnisses noch nicht eingesammelten Früchte keinen Anspruch; dagegen sind ihm die auf deren Erzeugung gemachten Verwendungen nach richterlichem Ermessen unter Verrechnung des laufenden Pachtzinses zu vergüten.“

Ein allfälliger Schadensersatzanspruch findet seine Erledigung im Sinne von Art. 124 und wird durch Art. 312 al. 3 nicht berührt.

§ 13.

Dienstvertrag und Werkvertrag.

Dienstvertrag und Werkvertrag stimmen darin überein, dass von der einen Seite eine Arbeitsleistung — von der andern Seite eine Vergütung versprochen wird.

Art. 338: „Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von persönlichen Diensten und der Arbeitgeber zur Entrichtung einer Vergütung.“

Art. 350: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Fertigstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.“

Beide Parteien sind verpflichtet, zu Leistung und Gegenleistung (Vergütung) — also sind beides zweiseitige Verträge im Sinne des O.-R.

I. In ähnlicher Weise, wie der Mietvertrag, kann der **Dienstvertrag** auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen, in letzterm Falle nach bestimmten Fristen von beiden Teilen gekündet werden (Art. 343—345). Über die Folgen des Verzuges von der einen oder andern Seite enthält Tit. XI des O.-R.

keine besondern Bestimmungen; es gelten daher die Art. 117—125, insbesondere Art. 122—125 des allgemeinen Teils.

1. Das Rücktrittsrecht des *Dienstherrn*. Ein Dienstpflichtiger kommt in Verzug, wenn er dem Arbeitgeber seine Dienste nicht zur vereinbarten Zeit zur Verfügung stellt, also den Dienst nicht rechtzeitig antritt. Der Dienstherr kann gegen ihn gemäss Art. 122 vorgehen; d. h. er kann ihm eine Frist ansetzen, nach deren nutzlosem Ablauf der Vertrag aufgelöst sei. Ist eine spätere Dienstleistung für ihn durch den Verzug wertlos geworden, so darf der Rücktritt ohne weiteres erfolgen (Art. 125); ebenso, wenn der Vertrag, wie leicht möglich, ein Fixgeschäft war. Den Lohn, welchen der Arbeitgeber zum Voraus bezahlt hat, darf er zurückfordern; kann er ein Verschulden des Dienstpflichtigen nachweisen, wird dieser den eingetretenen Schaden ersetzen müssen, z. B. die Differenz zwischen dem ihm versprochenen Lohne und demjenigen, welcher den an seine Stelle getretenen Arbeitern bezahlt werden musste.

2. Das Rücktrittsrecht des *Dienstpflichtigen*. Der Dienstherr kommt mit der Bezahlung des Lohnes in Verzug, wenn er ihn nicht am verabredeten Termine entrichtet; oder durch Mahnung des Dienstpflichtigen, wenn dessen Fälligkeit durch Uebung oder Gesetz (Art. 340) eintritt. Der Dienstpflichtige kann seine Rechte im Sinne von Art. 122 und 124 geltend machen, ohne Unterschied, ob es sich um Vorausbezahlung oder Nachzahlung handle. Auch der Dienstvertrag kann in Hinsicht auf das Lohnversprechen ein Fixgeschäft sein; dann darf der Dienstpflichtige ohne weiteres zurücktreten, sobald die Voraussetzungen des Art. 123 vorhanden sind. Praktisch von Bedeutung ist die Anwendung von Art. 122 wohl nur dann, wann ein Dienstvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist; ein Dienstvertrag, welcher auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, wird in den meisten Fällen besser und leichter durch einfache Kündigung (Art. 343) aufgelöst werden.

II. Beim **W e r k v e r t r a g** (Art. 350) gestaltet sich die Sache folgendermassen:

1. Das Rücktrittsrecht des **B e s t e l l e r s**. Der Unternehmer ist nach Art. 117 unzweifelhaft dann im Verzug, wenn er das Werk zur verabredeten Zeit, im Lieferungstermine, nicht vollendet und übergeben hat; ist ein Verfalltag nicht verabredet, so tritt der Verzug in Folge Mahnung des Bestellers ein; daraus erhält dann der Besteller das Recht zum Rücktritte gemäss den Art. 122—125: Mahngeschäft, Fixgeschäft, Nutzlosigkeit der Leistung sind möglich wie beim Kaufvertrage.

Die Anwendbarkeit der betreffenden Artikel wird für den Werkvertrag über diesen Fall ausgedehnt durch Art. 354 O.-R.

„**B e g i n n t** der Unternehmer das Werk **n i c h t r e c h t z e i t i g** oder **v e r z ö g e r t** er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er mit derselben ohne Schuld des Bestellers so sehr im **R ü c k s t a n d e**, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, gemäss den Art. 122—124 gegen den Unternehmer vorgehen.“

Das Gesetz stellt eine derartige Verzögerung¹⁾ dem Verzuge gleich, weil dieser die notwendige Folge jener sein würde. In solchen Fällen wird die Sachlage für beide Parteien schwieriger, der Schaden grösser, wenn der Rücktrittsberechtigte mit der Ausübung seines Rechtes bis zum Eintritt eines richtigen Verzuges, gewöhnlich bis zum Ablauf der Lieferungsfrist warten soll. Sonst ändert der Art. 354 nichts an den Bestimmungen des allgemeinen Teils; die Folgen des Rücktrittes wegen Verzögerung im Sinne von Art. 354 regeln sich nach Art. 124: Der Unternehmer muss die Vorschüsse, welche er

¹⁾ Ist für den Beginn ein Zeitpunkt vertraglich bestimmt, so tritt der Verzug gemäss Art. 117 ein. In 354 handelt es sich um Verzögerung des Beginnes eines nur in seinem Ablieferungstermine oder gar nicht zeitlich bestimmten Werkes.

vom Besteller erhalten hat, zurückgeben, verliert jeden Anspruch auf Lohn, auch den für schon gemachte Arbeit und zahlt ausserdem Schadenersatz, sofern ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann.

2. Das Rücktrittsrecht des U n t e r n e h m e r s. Der Besteller kommt mit Bezahlung des Lohnes in der Regel erst bei der Ablieferung des Werkes in Verzug (Art. 363), sei es durch Ablauf eines Verfalltages, sei es durch Mahnung. Der Unternehmer darf dann vom Vertrage zurücktreten; dazu wird er aber, nachdem er das Werk fertig gestellt hat, nur dann schreiten, wenn er für dasselbe anderweitige, günstige Verwendung findet, oder der Besteller mutmasslich insolvent ist. Sonst wird er versuchen, sich die vertragsgemässe Bezahlung zu verschaffen. — Besser ist die Lage des Unternehmers, wenn er schon v o r Erstellung des Werkes den Lohn für das Ganze, oder für einzelne Teile desselben fordern darf. Der Verzug des Bestellers, trete er durch Mahnung oder durch Ablauf eines verabredeten Zahltages ein, berechtigt ihn zum Rücktritt mit seinen Folgen; sind von Seite des Unternehmers schon Teilleistungen gemacht worden, so bleiben diese in Kraft, wenn sie selbstständig bestehen sollen und können. Sind sie aber blosse integrierende Teile der Gesamtleistung, so dürfen sie u. Er. z u r ü c k g e f o r d e r t werden, wenn nicht der Unternehmer vorzieht, den schuldigen Arbeitslohn zu fordern. Hat der Besteller schon Teilzahlungen gemacht, so muss ihm der Unternehmer zurückgeben, was er nicht mit seinen Ansprüchen (Art. 124 bf. Schadenersatz) kompensieren kann.

§ 14.

Verlagsvertrag.

Art. 372 O.-R. sagt:

„Durch den Verlagsvertrag verpflichten sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder seine Rechts-

nachfolger (Verlaggeber), das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen, der Verleger dagegen das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen.“

Der Verlagsvertrag ist somit ein zweiseitiger Vertrag. Verspricht der Verleger für das erst noch zu erstellende Werk ein Honorar, so liegt zugleich ein Werkvertrag vor (Art. 291).¹⁾ Der Rücktritt von diesem speziellen Verträge regelt sich nach den Erörterungen von § 13 II und zwar für den Verleger (Besteller), wie für den Schriftsteller (Unternehmer).

Soweit der Verlagsvertrag als Vertrag *sui generis* (Art. 372) sich darstellt, ist nicht die Bezahlung des Honorars, sondern die Pflicht zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes Hauptbestandteil der Obligation des Verlegers, und wir nehmen daher vor allem auf diese Rücksicht.

1. Da das fertige Werk gewöhnlich beim Vertragsabschluss in die Hände des Verlegers übergeht, tritt ein Verzug des Verlaggebers selten ein. Kommt ein solcher vor, so kann der Verleger im Sinne der Art. 122 und 124 vom Verträge zurücktreten, d. h. sich von der Pflicht, das Werk herauszugeben, befreien und allfällig schon bezahltes Honorar zurückfordern, wie auch Schadenersatz verlangen.

2. Der Verleger kommt in Verzug, wenn er die Ausgabe des Werkes nicht zur verabredeten Zeit bewerkstelligt, oder wenn er vom Verlaggeber zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gemahnt wird. Der Verlaggeber darf nun vom Rücktrittsrechte gemäss Art. 122 Gebrauch machen. Die Auflösung des Vertrages gibt ihm das Recht mit einem andern Verleger in Verbindung zu treten. Das Manuskript kann er vom ersten Verleger zurückfordern. Dagegen muss er allfällig schon erhaltenes Honorar zurückerstatten, soweit er es nicht als Schadenersatz verrechnen kann. — Handelt es sich um eine neue, eine folgende Auflage

¹⁾ Kommentar zu Art. 291.

des Werkes und verzögert der Verleger dieselbe, so darf der Verlaggeber nicht wie bei Verzug in der ersten Auflage gemäss Art. 122 verfahren, sondern es kommt Art. 380 zur Anwendung:

„Wurde das Verlagsrecht für mehrere Auflagen oder für alle Auflagen übertragen, und versäumt es der Verleger, eine neue Auflage zu veranstalten, nachdem die letzte vergriffen ist, so kann der Verlaggeber demselben *gerichtlich* eine Frist zur Herstellung einer neuen Auflage ansetzen lassen, nach deren fruchtlosem Ablauf der Verleger sein Recht verwirkt.“

In dem Falle, den Art. 380 im Auge hat, würde ein Rücktritt den Verleger unter Umständen schwer schädigen. Um ihn in seinen vertraglichen Rechten zu erhalten, lässt das Gesetz nicht den Verlaggeber von sich aus, sondern durch das *Gericht* die Frist ansetzen, nach deren Ablauf der Vertrag dahin fallen soll. Der Verleger *verwirkt* sein Recht, sagt das O.-R., dies heisst u. Er. einfach: er verliert das ausschliessliche Recht, das er auf die neue Auflage und alle folgenden hatte.²⁾ In dem Falle, wo ein Honorar gar nicht in Frage kommt,³⁾ bedeutet dieser Rechtsverlust nichts anderes als die Auflösung des Vertrages.

§ 15.

Auftrag, Kommission, Frachtvertrag.

I. Die Frage, ob der *Auftrag* (Mandat) nach dem O.-R. ein einseitiger oder ein zweiseitiger Vertrag sei, ist deshalb schwierig zu beantworten, weil das O.-R. demselben eine doppelte Natur zuerkennt:

²⁾ *L'editore perde il suo diritto.*

³⁾ Unsers Erachtens braucht der Artikel, weil er nur in Hinsicht auf den reinen Verlagsvertrag (Art. 372) aufgestellt ist, nicht den Ausdruck „Aufhebung des Vertrags“, sondern „Verwirkung der Rechte.“

Art. 392 des O.-R. sagt: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, das ihm übertragene Geschäft nach dem Willen des Auftraggebers zu besorgen.

Eine Vergütung ist nur dann zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist.“

Ist eine Vergütung nicht zu leisten, so ist wenigstens nach Art. 392, Al. 1 der Beauftragte allein verpflichtet und der Auftrag ein einseitiger Vertrag. An diesem Schlusse ändert auch Art. 400 O.-R. nichts, wenn er sagt:

„Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, welche dieser in Ausführung des Auftrages gemacht hat, sammt Zinsen zu ersetzen und denselben von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.“

Nach diesem Artikel wird allerdings auch der Auftraggeber verpflichtet, aber seine Verpflichtung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Vertrag, sondern erst aus den Tatsachen, die in Folge von dessen Erfüllung eingetreten sind; der Auftraggeber soll den Beauftragten bloss für die Nachteile, die diesem aus Erfüllung des Vertrages erwachsen, entschädigen, und darin liegt keine Gegenleistung für Besorgung des Auftrages, keine Vergütung, kein Entgelt; dies letztere gehört aber zum Begriffe des zweiseitigen Vertrages (§ 1). Die Art. 122—125 finden somit auf den unentgeltlichen Auftrag keine Anwendung.¹⁾

Der Auftrag wird aber ein zweiseitiger Vertrag, wenn eine Vergütung für die Besorgung des Auftrages verabredet oder üblich ist: es sind dann nicht nur beide Parteien aus dem Vertrage verpflichtet, sondern ihre Verpflichtungen gehen auf Leistung und Gegenleistung. Die Art. 122—125 finden somit grundsätzlich Anwendung, wenn sie nicht durch besondere Be-

¹⁾ Es ist ein sogenannter *contractus bilateralis inæqualis*.

Windscheid, Pandect. § 320; Arndts, § 212; Baron § 215.

Ein *contrat imparfaitement synallagmatique*: Aubry et Rau, cours IV, § 302, § 341; Laurent, Princ. XV No. 431 ss.

stimmungen des XIV. Titels ausgeschlossen werden. In dieser Beziehung kann bloss Art. 402 in Frage kommen. Derselbe sagt:

„Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit gekündet werden. Erfolgt jedoch die Kündigung zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem andern verursachten Schadens verpflichtet.“

Demnach kann auch der entgeltliche Auftrag von beiden Teilen jederzeit gekündet werden, und das ist es gerade, was diesen Vertrag vom Dienstvertrage unterscheidet. Unser Recht huldigt mit Bezug auf die Natur des Mandates offenbar der Ansicht *B r u n s* : ²⁾

„Bekanntlich streitet man, sagt er, warum Mandat und Depositum durch Versprechen einer Bezahlung nicht in Miete übergehen und worin der Unterschied liege. Er liegt nur darin, dass bei der Miete feste gegenseitige Verpflichtung ist, von der Keiner zurück kann. Man kann zwar die wirkliche Ausführung der Dienste erlassen, selbst verbieten, aber zahlen muss man doch. Ein Mandat kann man trotz der versprochenen Zahlung widerrufen und braucht dann auch nicht zu zahlen.“

Demnach können die gleichen Dienste ebensogut Gegenstand einer Dienstmiete als eines entgeltlichen Mandates sein. Allein man darf nur denjenigen Vertrag über entgeltliche Geschäftsbesorgung als Mandat behandeln, bei welchem die Parteien schon beim Abschluss desselben übereinstimmend der Ansicht waren, dass derselbe von jeder Partei vorbehaltlich der Beschränkung in Art. 402 al. 2 jederzeit ohne Entschädigung gekündet werden könne.

Dieses Recht der freien Kündigung ist nun mit dem Rücktrittsrecht der Art. 122—125 ganz wohl vereinbar, denn letzteres hat einen ganz andern Inhalt:

Die Kündigung macht dem Vertragsverhältniss ein Ende für die Zukunft. Der Auftraggeber kann vom Beauftragten

²⁾ *Holtzendorff's Encyclopädie* IV. Aufl. Bd. I, S. 492.

keine weitem Leistungen mehr fordern. Der Beauftragte darf die Vergütung nicht über den Zeitpunkt der Kündigung hinaus verlangen. Soweit der Auftrag in Kraft bestanden hat, schuldet der Auftraggeber dem Beauftragten die versprochene Vergütung; hat er sie schon bezahlt, so kann er sie nicht zurückfordern; ja, der Teil, dem gekündigt wird, kann sogar Schadenersatz verlangen, sofern die Kündigung zur Unzeit erfolgt ist.

Anders beim Rücktritt nach Art. 122—125. Seine allgemeine Voraussetzung ist der *V e r z u g* einer Partei. Löst der nicht säumige Teil das Vertragsverhältniss auf, so kann er seine Gegenleistung zurückbehalten, eine schon gemachte Gegenleistung wenn möglich zurückfordern. Ueberdies hat die zurücktretende Partei noch einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn sie der säumigen ein Verschulden nachweist.

Die Art. 122—125 finden also auch auf den entgeltlichen Mandatvertrag Anwendung, und es sind bei demselben wie bei der Dienstmiete Fixgeschäft, Mahngeschäft, auch der Rücktritt wegen Nutzlosigkeit der Leistung möglich.

II. Auch die *K o m m i s s i o n* ist ein zweiseitiger Vertrag, denn der Kommissionär besorgt gegen eine Kommissionsgebühr in eigenem Namen für Rechnung eines andern, des Kommittenten, den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren. (Art. 430.) Wenn wir auch mit Hafner³⁾ annehmen, dass Art. 402 auch für die Kommission gelte, so ist die Anwendung der Art. 122—125 auf diesen Vertrag keineswegs ausgeschlossen.

III. Der *F r a c h t v e r t r a g* ist ebenfalls ein zweiseitiger Vertrag. Der Frachtführer übernimmt durch denselben gegen eine Vergütung den Transport von Sachen. Wie die Vorschriften über den Auftrag, so kommen auch die Art. 122—125 auf ihn zur Anwendung. Die Tragweite des Art. 402 ist jedoch durch Art. 453 eingeschränkt.

³⁾ Hafner, Art. 431, Anm. 1.

„So lange das Frachtgut noch in den Händen des Frachtführers ist, hat der Absender das Recht, dasselbe gegen Entschädigung des Frachtführers für allfällige von ihm schon gemachte Auslagen oder erweisliche Nachteile, die aus der Zurückziehung erwachsen, zurückzunehmen, ausgenommen:

1. wenn ein Frachtbrief vom Absender ausgestellt und vom Frachtführer an den Empfänger übergeben wurde;

2. wenn der Absender sich vom Frachtführer einen Empfangsschein geben liess und denselben nicht zurückgeben kann;

3. wenn der Frachtführer an den Empfänger eine schriftliche Anzeige von der Ankunft des Gutes zum Zwecke der Abholung desselben abgesendet hat;

4. wenn der Empfänger nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte die Ablieferung desselben verlangt hat.“

Da nach jedem Rücktritt vom Frachtvertrage auch eine Zurücknahme des Gutes erfolgt, so ist zweifelhaft, ob Art. 453 nicht auch den Rücktritt wegen Verzuges des Frachtführers verbiete, wenn die Fälle von al. 1 und 2 vorliegen.

Macht der Absender wegen Verzuges des Frachtführers von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch, so haftet der Frachtführer im Sinne von Art. 124 für den entstandenen Schaden⁴⁾; er muss sogar unter Umständen den Rücktransport des Gutes zum Absender besorgen. Für den Gütertransport auf der Eisenbahn ist dies durch besonderes Gesetz genau geregelt. Aus Art. 15 (Al. 2) des Bundesgesetzes betreffend den Transport auf Eisenbahnen ergibt sich: Sofern der Rücktritt vom Frachtvertrage durch Verzögerung der Versendung veranlasst worden ist, hat der Absender die Bahnverwaltung weder für Aufbewahrung des Gutes zu entschädigen, noch für die Nachteile, welche ihr aus dem Rücktritt erwachsen. Wenn nicht Naturereignisse oder sonstige Zufälle den Verzug veranlassen, so muss nach Art. 18

⁴⁾ Art. 458, Verspätung der Ablieferung, kommt hier nicht in Frage.

cit. Ges. der zurücktretende Absender die Fracht für schon zurückgelegte Strecken nicht bezahlen.

Bleibt der Absender mit Bezahlung der Fracht im Verzuge, so wird der Frachtführer ohne Rücksicht auf Art. 122 die Beförderung resp. den Weitertransport der Waare aufgeben, wenn er es nicht vorzieht, sich durch das Recht, das ihm an der Sache zusteht, zu entschädigen, seiner Verpflichtung aber voll nachzukommen; das letztere wird gewöhnlich der Fall sein.

§ 16.

Gebrauchssleihe, Darlehen, Hinterlegungs-Vertrag.

Die Natur von Gebrauchssleihe, Darlehen und Hinterlegungsvertrag ist in doppelter Weise bestritten: sind es, wie im Röm. Recht das *commodatum*, *mutuum*, *depositum*, Realverträge oder sind sie durch das O.-R. zu Konsensualverträgen geworden? Sind es einseitige oder zweiseitige Verträge? Für uns hat hier nur die Entscheidung der zweiten Frage¹⁾ ein tatsächliches Interesse; sie löst sich u. Er. folgendermassen:

Sobald man Gebrauchssleihe und Darlehen, definirt in Art. 321 und 329, als Realkontrakte auffasst, muss man sie auch als einseitige betrachten; und zwar das verzinsliche Darlehen gleich wie das unverzinsliche: Wo der Hingabe eines verzinslichen Darlehens eine obligatorische Beredung überhaupt nicht vorausging, kann die Zinsenverbindlichkeit nicht anders, denn als eine accessorische gedacht werden,²⁾ ändert also an der Natur des Vertrages nichts. — Erklären wir aber an Hand des Textes

¹⁾ Wir halten die Konsensualverträge nicht für absolut zweiseitig, dagegen die Realkontrakte für durchaus einseitig. Ueber die erste Frage herrscht lebhafter Streit: Konsensualkontrakte nach Hafner, Einleitung S. XVII. nach Vogt No. 86 und No. 106, auch nach Text 321, 329, 475; — Dagegen Realkontrakte nach Eisele, „Ueber Realkontrakte“, Zeitschrift für schweiz. R., N. F. III., S. 17, S. 16 u. s. w., S. 23, S. 24, S. 28.

²⁾ Eisele, S. 16.

jene Verträge für Konsensualkontrakte, so bleibt noch unentschieden, ob sie einseitig oder zweiseitig seien.

I. Durch den *Gebrauchsleihevertrag* (Art. 321) verpflichtet sich der Verleiher, eine Sache an den Entlehner zu unentgeltlichem Gebrauche zu überlassen, und der Entlehner dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche an den Verleiher zurückzugeben. Es werden also beide Parteien verpflichtet. Dennoch ist der Vertrag ein *einseitiger*, weil es sich nicht um *Leistung* und *Gegenleistung* handelt, sondern um *Hingabe* und *Rückgabe*. Das, was den Mietvertrag zu einem zweiseitigen macht, die Vergütung für den überlassenen Gebrauch, fehlt.

II. Das *unverzinsliche Darlehen* (Art. 329) geht auf *Hingabe* und *Rückgabe* einer Summe Geldes, auf Überlassung der Vorteile, welche das Eigentum einer bestimmten Summe dem Entlehner durch eine bestimmte Zeit gewährt und zwar ohne Entgelt. Deshalb hat der Kommentar³⁾ u. Er. Recht, wenn er das Darlehen, entgegen andern Ansichten,⁴⁾ als *einseitigen* Vertrag anführt; eine *Gegenleistung* für die Überlassung des Geldes fehlt. — Diese finden wir beim *verzinslichen Darlehen* und es ist dieses daher ein *zweiseitiger* Vertrag im Sinne des O.-R.: U. Er. ist es nicht zweifelhaft, dass wir es mit einem synallagmatischen Konsensualkontrakt zu tun haben, welcher der Sachmiete vollkommen entspricht,⁵⁾ bis auf den Unterschied, dass das Mietobjekt nicht *in specie*, sondern *in genere* zu restituieren ist. „Gleichwohl muss bestritten werden, sagt Eisele,⁶⁾ dass dann ein zweiseitiger synallagmatischer Konsensualkontrakt vorliege. Der erwähnte Unterschied ist, so unbedeutend er erscheint, allerdings im Grunde entscheidend. Von einem

³⁾ Komment. ad Art. 95, Anm. 1.

⁴⁾ Hafner, Einltg., S. XVII, ad Art. 86, Anm. 1.

⁵⁾ Vogt, Leichtfssl. Anltg., Nr. 106 fin.

⁶⁾ Eisele, Realk., S. 31.

Synallagma kann auch bei einem verzinslichen Darlehen mit vorausgehender obligatorischer Beredung so lange keine Rede sein, als die Verpflichtung zur Rückzahlung die Prinzipale ist. Bei einem Synallagma kann jede der in solcher Verbindung stehenden Verpflichtungen zuerst erfüllt werden; bei der Verpflichtung zur Rückgabe kann daran, dass sie vor der zum Geben erfüllt werde, gar nicht gedacht werden, und folglich kann nirgends, wo die Rückgabeverpflichtung die Hauptverpflichtung ist, und also den Charakter des Geschäftes bestimmt, von synallagmatischer Bindung gesprochen werden. Die Sachmiete konnte lediglich deshalb als synallagmatischer Vertrag gestaltet und so mit der Dienstmiete, wo Rückgabe von Sachen nicht in Frage kommt, in eine Kontraktsfigur zusammengefasst werden, weil da die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses, beim Darlehen die Verpflichtung zur Rückgabe Hauptverpflichtung ist, weil die vermietete Sache in der Eigentumssphäre des Hingebenden bleibt, das dargeliehene Kapital aber nicht.“ — U. Er. ist aber weder der Zins beim Darlehen so sehr Nebensache, noch der Mietzins bei der Miete so sehr Hauptsache, dass dadurch die Natur der fraglichen Verträge eine so grundverschiedene wäre. Der Vermieter hat ein ebenso grosses Interesse daran, den Mietgegenstand zurückzuerhalten, den er ja, wenn nicht in das Eigentum, wohl aber in die Detention eines Andern gibt, wie der Darleiher daran, dass er sein Kapital nicht verliert. Dass die Hauptverpflichtung vor der andern ganz zurücktreten kann, zeigt die Verwandlung der allergrössten Darleihen (Anleihen) in Renten (*rentes perpétuelles*); und dass die Zinse nicht zum Voraus gefordert werden dürfen, ist das Resultat einer positiven Wuchergesetzgebung. Also: das verzinsliche Darlehen ist faktisch Geldmiete⁷⁾ und daher ein zweiseitiger Vertrag, die Art. 122—125 finden auf ihn Anwendung.

⁷⁾ Die formelle Schranke, welche die Konsensualkontrakte von den Realkontrakten im röm. Recht trennte, besteht auch nicht mehr.

1. Der Darleiher kommt in Verzug, wenn er nicht am verabredeten Verfalltage oder nicht auf Mahnung die Darlehenssumme dem Entlehner übergibt. Da Mahngeschäft, Fixgeschäft und der Fall Art. 125 möglich sind, so darf der Borger im Sinne jener Artikel den Vertrag aufheben, sich anderswo Geld verschaffen und Schadenersatz (z. B. die Differenz im Zinsfusse) verlangen. Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung der Summe verjährt in sechs Monaten; es kann also auch der Rücktritt nach dieser Frist nicht mehr geltend gemacht werden.

2. Kommt der Schuldner mit Bezahlung der Zinsen in Verzug, so darf der Gläubiger, wenn kein Fixgeschäft vorliegt, also nicht Art. 123 Anwendung findet, im Sinne von Art. 122 gegen ihn vorgehen; er kann ihm eine Frist zur Bezahlung der Zinsen unter der Androhung ansetzen, dass nach fruchtlosem Ablauf derselben der Vertrag aufgelöst sei: der Gläubiger braucht dann weder die Kündigungsfrist, noch das Ende der Vertragszeit abzuwarten, um sein Geld zurückzufordern.⁸⁾ Freilich wird die angemessene Frist bei Lösung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Darlehens eine grössere sein, als bei solchen auf unbestimmte Zeit.⁹⁾

3. Deshalb machte sich im französischen Recht das Bedürfnis geltend, den Rücktritt von einem Rentenvertrage, Rentenkauf (*rente perpétuelle*) etwas zu erschweren.¹⁰⁾ Betrachtet man den Rentenkauf, welcher hier als zweiseitiger Vertrag in Betracht kommt, als ein unaufkündbares Darlehen, so darf man

⁸⁾ Art. 120 hat auf diese Frage keinen Einfluss. Er sagt nur, dass Verzugszinsen erst vom Zeitpunkte der Klage an gefordert werden können; nicht aber, dass der Verzug und die Berechtigung zum Rücktritt erst mit jenem Augenblicke eintreten. Allerdings treffen wir hier auf eine seltsame Erscheinung. Der Verzug des Schuldners in Bezahlung von Zinsen berechtigt den Gläubiger an und für sich allein noch nicht zur Forderung von Verzugszinsen, gibt ihm aber ein Recht, das Kapital zurückzufordern.

⁹⁾ Für grundversicherte Darlehen bleibt das kantonale Recht vorbehalten. (Art. 337.)

¹⁰⁾ Code civ. Art. 1912.

dem Art. 122 die Anwendbarkeit nicht versagen. Da aber dessen Auflösung eine bedeutende Veränderung der gegenseitigen Rechtsverhältnisse nach sich zieht, so kann nur eine l a n g e Frist die a n g e m e s s e n e sein, welche der Gläubiger dem Schuldner zur Nachleistung gewähren muss.

III. Der H i n t e r l e g u n g s v e r t r a g, Art. 475, ist ein einseitiger Vertrag, wenn er unentgeltlich ist. Übernimmt der Aufbewahrer die Aufbewahrung der Sache gegen Vergütung, so wird der Vertrag ein zweiseitiger. (Ähnlich wie bei den in § 15 besprochenen Vertragsarten.) Der Hinterleger kann auch in diesem Falle gemäss Art. 478 die Sache jederzeit zurückfordern; der Aufbewahrer darf sie nach Belieben zurückgeben, wenn der Vertrag nicht für eine bestimmte Dauer abgeschlossen ist. Ist aber dies letztere der Fall, so darf er die Sache vor der Zeit zurückgeben, wenn er den Vertrag wegen Verzug des Hinterlegers bei Bezahlung der versprochenen Vergütung auflöst, indem er gemäss den Art. 122 und 123 vorgeht. In diesem einen Falle finden sie also auch auf den Hinterlegungsvertrag Anwendung.

§ 17.

Aleatorische Verträge.

Aus Spiel und Wette, sagt Art. 512, entsteht keine Forderung. Damit ist jede Erörterung über ihre Natur überflüssig gemacht.

Dagegen haben die V e r s i c h e r u n g s v e r t r ä g e trotz ihres aleatorischen Charakters volle rechtliche Gültigkeit. Das O.-R. behandelt zwar dieselben im speziellen Teile nicht, scheint aber die Bestimmungen des allgemeinen Teiles auch auf sie auszu-dehnen.¹⁾ Daher kann auch Art. 122, resp. Art. 123 von Be-

¹⁾ Art. 896 O.-R. Die allfällig bestehenden b e s o n d e r n Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Versicherungsverträge bleiben in

deutung für sie sein, wenn sie wirklich zweiseitige Verträge sind. Beim *U n f a l l v e r s i c h e r u n g s v e r t r a g* wird der eine Kontrahent, der Versicherer, nur bedingt verpflichtet zur Zahlung einer Summe für den Fall, dass ein bestimmtes schädigendes Ereignis eintritt (Körperverletzung, Feuer, Hagel u. s. w.); er übernimmt die Haftung für einen bestimmten Zufall, die Gefahr, welche sonst der Versicherte zu tragen hat. Als *G e g e n l e i s t u n g* geht der Versicherte eine Verpflichtung *pure* ein, indem er periodische Geldleistungen verspricht. Der Unfallversicherungsvertrag hat somit die Erfordernisse eines *z w e i s e i t i g e n* Vertrages. Beim Lebensversicherungsvertrag dagegen verpflichtet sich der Versicherer zu einer Geldzahlung auf einen ungewissen Zeitpunkt, der aber binnen eines bekannten Zeitraumes eintritt. Die periodischen Zahlungen, welche der Versicherte als Prämie zu machen hat, bilden die Gegenleistung dazu; somit ist die Lebensversicherung auch ein zweiseitiger Vertrag. Während der Dauer des Vertrages kann tatsächlich nur der Versicherte, nicht auch der Versicherer, in Verzug kommen. Wo weder Gesetz noch Police, wie sonst gewöhnlich, für diesen Fall dem Versicherer ein Rücktrittsrecht geben, kann er ein solches geltend machen, wenn sämtliche Voraussetzungen des Art. 122 da sind. Folge der Auflösung ist in den meisten Fällen der Untergang der Rechte des Versicherten; die Auflösung hat keine rückwirkende Kraft; so lange der Versicherer die Gefahr trug, darf er auch die Prämien fordern und die bezahlten behalten. — Sehr fraglich erscheint uns, ob der Versicherte bei Verzug des Versicherers in Auszahlung der Versicherungssumme den Vertrag derart lösen könne, dass dieser die bezahlten

Kraft. Also stehen sie unter den allgemeinen Bestimmungen des O.-R. Gerade weil die Versicherungsverträge — im Gegensatz zum Immobilienverkehr — recht eigentlich in das durch B.-V. Art. 64 umschriebene Rechtsgebiet fallen, stimmen wir hier der von Hafner (Einltg. S. 23) vertretenen Ansicht über das Verhältnis von kantonalem und eidgenössischem Recht bei.

Prämien an Stelle der Summe zurückzahlen muss. Unsers Erachtens müsste eine strenge Anwendung der im zweiten Teil dargelegten Grundsätze diese nicht sehr praktische Folge haben.

In Art. 517—523 behandelt das O.-R. den Leibrentenvertrag. Wird die Rente unentgeltlich bestellt, so liegt eine Schenkung vor. Im R e n t e n k a u f v e r t r a g verspricht der Rentengläubiger dem Rentenschuldner eine Summe Geldes und dieser verspricht als Gegenleistung die periodische Bezahlung einer andern Summe bis zum Tode des Gläubigers. B e i d e Parteien werden a u s d e m V e r t r a g e zu Leistung und Gegenleistung verpflichtet, somit ist der Vertrag ein zweiseitiger.

Die Anwendung von Art. 122—124 O.-R. auf denselben kritisirt V o g t lebhaft²⁾: „Paul gibt $\frac{4}{5}$ seines Vermögens dem Peter gegen eine vom 1. Juli 1883 an monatlich zu leistende Leibrente nach Art. 517 O.-R. Am 1. Januar 1884 bleibt Peter im Rückstande; Paul mahnt ihn mit der vom Richter als genügend erachteten und so festgesetzten Nachfrist auf den 4. am folgenden Tage, aber Peter leistet am 4. nicht, am 5. tritt Paul vom Vertrage zurück und das von seiner Seite Geleistete, d. h. $\frac{4}{5}$ seines Vermögens, worunter Liegenschaften, muss Peter an Paul zurückgeben nach Art. 124 O.-R. — — Bei der Leibrente sehe ich zur Überwindung der Art. 122—124 keinen andern Ausweg, als die Willkür des Richters, der sich mit Scheingründen behelfen wird.“ — V o g t geht dabei von der Meinung aus, dass Peter dem Paul einfach die $\frac{4}{5}$ des Vermögens zurückzugeben habe und dadurch in grossen Schaden komme. Er vergisst aber, wie es scheint, dass Peter den Genuss des Leibrentenkapitals hatte; dass unter Umständen auch Paul für die Beträge, die er über den üblichen Jahreszins hinaus bezogen, zur Rückgabe verpflichtet wird; dass endlich das Gesetz in Art. 522 eine Berechnungsart dar-

²⁾ V o g t, Leichtfssl. Anltg., No. 43 lit. c. S. 79—80.

bietet, die auch beim Rücktritt vom Vertrage mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Eine Bestimmung im Sinne von *Code civil* Art. 1978³⁾ wäre vielleicht in O.-R. wohl angebracht. Allein ein Rücktritt wegen Verzuges des Leibrenten-Schuldners ist weder faktisch unmöglich oder unbillig, noch juristisch unsystematisch. Verdient der Leibrentengläubiger nicht ebensogut Schutz seiner Rechte aus einem zweiseitigen Vertrag, wie jeder andere Kontrahent eines solchen?.

§ 18.

Gesellschaftsverträge.

I. Art. 521 O.-R. sagt: „Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.“ Art. 526, Al. 1: „Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten.“

Aus dem Gesellschaftsvertrage werden also beide, resp. alle Parteien verpflichtet; sind ihre Leistungen, wie es der zweiseitige Vertrag verlangt, als Leistung und Gegenleistung zu betrachten?

Allerdings erfolgen die Leistungen nicht von einem Gesellschafter an den andern, sondern zum gemeinsamen Zweck. In einer solchen Leistung liegt aber, wenigstens bei der einfachen Gesellschaft, stets eine Leistung an die andern Gesellschafter. Die Gesellschafter sind Miteigentümer der eingebrachten Sachen und Forderungen. In dieser Richtung, da also die Leistungen

³⁾ Code civ. Art. 1978: *Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné.*

von einem Gesellschafter an den andern gehen, liegt Gegenseitigkeit derselben vor. Sodann ist die eine Leistung auch wirklich Entgelt, Äquivalent für die andere, indem jeder Gesellschafter deswegen sich zu einer Leistung an die anderen verpflichtet, weil sich diese dafür, in Anbetracht seiner Leistung zu einer andern an die Gesellschaft, also auch an ihn, verpflichten. Die einfache Gesellschaft ist somit ein zweiseitiger Vertrag, ebenso die Kollektivgesellschaft.¹⁾ Fasst man letztere auch als juristische Person auf, soll doch jeder Beitrag eines Gesellschafters den andern schliesslich zu Gute kommen; ebenso sind wir geneigt, den Kommanditgesellschaftsvertrag²⁾ für einen zweiseitigen zu halten.

Die Art. 122 u. f. finden daher auf die einfache, die Kollektiv- und die Kommandit-Gesellschaft Anwendung. Im Prinzip schliessen die Art. 545 u. f. über die Auflösung des Gesellschaftsvertrages³⁾ die erstern nicht aus; allein Art. 547 erleichtert die Auflösung eines Gesellschaftsvertrages so sehr, dass faktisch die Art. 122 und 125 sehr selten zur Anwendung kommen dürften. Dennoch lassen sich Fälle denken, in denen eine Partei lieber vom Rücktrittsrechte Gebrauch macht, als dass sie, wie es Art. 547 verlangt,⁴⁾ den Richter anruft.

Nach Art. 576 kann der Richter bei der Kollektivgesellschaft statt auf Auflösung derselben einfach auf Ausschliessung desjenigen Mitgliedes der Gesellschaft erkennen, in dessen Person vorwiegend die zur Auflösung berechtigenden Gründe liegen; das nämliche gilt gemäss Art. 611 für die Kommanditgesellschaft.

¹⁾ Art. 555 erklärt den massgebenden Art. 526 auch bei dieser für gültig.

²⁾ Art. 594.

³⁾ Art. 545—551. Art. 572 und 611.

⁴⁾ Die richterliche Beteiligung — im Gegensatze zu Art. 122 — ergibt sich aus Art. 545, No. 7, in Verbindung mit Art. 547.

II. Ganz besondere Verhältnisse liegen vor, wo sich durch den Gesellschaftsvertrag eine juristische Person bildet, wie dies bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft der Fall ist. Während in der einfachen Gesellschaft jeder Kontrahent den andern verpflichtet wird, ist er es in der Aktiengesellschaft dem Ganzen, der juristischen Person, und die Beziehungen zu den Mitaktionären gehen in dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Mitgliede unter. Dieses Verhältnis ist u. Er. nicht das eines zweiseitigen Vertrages. Wenn schon der Aktionär zur Einzahlung der gezeichneten Aktien verpflichtet,⁵⁾ zum Bezug eines verhältnismässigen Anteils am reinen Gewinn⁶⁾ berechtigt ist, so liegt eine wirkliche Gegenseitigkeit der Leistungen nicht vor, weil sich Gesellschaft und Aktionär nicht als Kontrahenten gleich gegenüber stehen, sondern dieser zugleich Mitglied der Korporation ist und so eine Doppelstellung einnimmt.

Ist dies richtig, so ist auch die Anwendung der Art. 122—125 ausgeschlossen. Wo sie notwendig wären, hat O.-R. durch besondere Bestimmungen die Sache geregelt. Sollte man dennoch in dem Verhältniss zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär einen zweiseitigen Vertrag erblicken, so hindern jene die Anwendung der Art. 122—125.

1. Kommt der Aktionär mit der Einzahlung seiner Aktie in Verzug, so hat er sofort Verzugszinsen zu bezahlen (Art. 634). Sodann kann die Gesellschaft unter Beobachtung der in Art. 635 vorgeschriebenen Formen ihn seiner Rechte aus der Aktie verlustig erklären; dies ist u. Er. keine Auflösung des Vertrages, sondern ein reiner Rechtsverlust für den Aktionär; dieser darf die von ihm einbezahlten Summen nicht zurückfordern, dagegen hat er auch keine Dividenden zurückzuerstatten. Art. 632.

⁵⁾ Art. 634, Al. 1.

⁶⁾ Art. 629.

2. Kommt die Gesellschaft mit ihren Leistungen an den Aktionär in Verzug, so darf dieser niemals den Vertrag lösen und die Einzahlungen zurückfordern. Art. 629. Eine Auflösung der ganzen Gesellschaft kann er ebensowenig einseitig herbeiführen. Art. 664.

3. Kommt die Gesellschaft mit denjenigen Leistungen in Verzug, welche sie zur Erreichung des Gesellschaftszweckes zu machen hat, so hat deshalb der Aktionär keinen Anspruch auf Rücktritt, resp. Rückforderung der eingezahlten Gelder, da die Erreichung des Gesellschaftszweckes binnen bestimmter Zeit keinen Teil des Rechtsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Aktionär bildet. — *L'inexécution par une société anonyme formée pour la construction et l'exploitation d'un chemin de fer, de l'obligation qui lui a été imposée par la loi de concession, de commencer et d'achever ces travaux dans un certain délai, n'autorise pas les actionnaires à refuser le versement des fractions exigibles de leurs actions et, dès lors, n'enlève pas à la société le droit de faire procéder conformément aux statuts la vente forcée des actions impayées.*⁷⁾

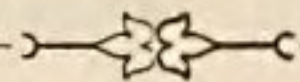
Auch dann, wenn im Verzuge, überhaupt in der Nichterfüllung der Gesellschaftsaufgabe, eine Veränderung des Zweckes der Gesellschaft liegt, ist nach O.-R. weder einzelnen, noch mehreren Aktionären ein Rücktritt gestattet; nach Art. 627 O.-R. kann durch Mehrheitsbeschluss eine Veränderung des Zweckes der Gesellschaft nicht eintreten; der Beschluss ist ungültig, die Minderheit braucht ihn nicht zu beachten, und kann ihn durch den Richter aufheben lassen. Findet der Richter aber nicht eine Veränderung des Gesellschaftszweckes, so haben die

⁷⁾ Dalloz, Rec. 1859. I. S. 368 (Cour de Cass.).

unzufriedenen Aktionäre keine andern Rechte, insbesondere nicht das des Rücktritts.⁷⁾

4. Diese Erörterungen gelten nicht vom Verhältnisse der Aktiengesellschaft nach aussen, Dritten gegenüber. In dieser Beziehung ist sie als Contrahent ihrer zweiseitigen Verträge wie jede andere Person zu behandeln.

⁷⁾ Art. Code 1184 dagegen scheint auf solche Fälle angewendet worden zu sein; siehe den höchst interessanten Fall der Bahngesellschaft Dieppe-Fécamp, vor *Tribunal du commerce de la Seine, cour d'appel de Paris*, Dalloz 1850, II, 129; *cour de cass.* 1853, I, 44; *cour d'appel d'Orléans* 1854, II, 30.



Schluss.

In unsern Ausführungen haben wir sehr oft auf *Code civ.* Art. 1184, oft auch auf das H.-G.-B. Art. 354—357 Bezug genommen. Daher versuchen wir hier, das Verhältniss von Art. 122, — und von diesem sei hier allein gesprochen — zu jenen kurz zu kennzeichnen.

Art. 122. Das Recht des Rücktrittes ist in allen zweiseitigen Verträgen anerkannt, so auch nach Art. 1184 *Code civ.*, nicht aber nach dem H.-G.-B. 356.

Voraussetzung des Rücktrittes ist *V e r z u g* einer Partei, nicht so nach *Code civ.*, dagegen nach dem H.-G.-B.

Dieser Verzug setzt *k e i n* Verschulden voraus, das O.-R. verlässt also das H.-G.-B., um wieder zum *Code civ.* zurückzukehren.

Der Rücktritt braucht nicht vom Richter ausgesprochen zu werden, wie nach *Code civ.*, das O.-R. schliesst sich an das H.-G.-B., Art. 356 an.

Der Rücktritt schliesst eine Schadenersatzklage nicht aus, so nach *Code civ.*, anders nach H.-G.-B.

Die Schadenersatzforderung ist vom Verschulden des Säumigen abhängig, mehr im Sinne der Praxis von *Code civ.* 1184, als im Sinne der Schadenersatzklage des H.-G.-B.

Diese Zusammenstellung zeigt, wie enge sich das O.-R. 122 an 1184 *Code civ.* anschliesst. Ein Wort, das Wort

Verzug ist aus dem H.-G.-B. herübergenommen und dieses hat im O.-R. zudem noch einen andern Begriff. Demnach bewegt sich das Rücktrittsrecht hier in engern Schranken, als im französischen Rechte, mit dessen voller Reception Art. 122 etwa so lauten müsste:

Erfüllt eine Partei einen zweiseitigen Vertrag nicht, oder nicht gehörig, so kann die andere ihr eine Frist zur gehörigen Erfüllung ansetzen mit der Androhung, dass der Vertrag nach fruchtlosem Ablauf derselben aufgelöst sei; ist eine gehörige Erfüllung nicht mehr möglich, so kann sie ohne Weiteres zurücktreten.

Einen derartigen Artikel kennt das O.-R. in den Tit. I—IV nicht, wohl aber eine grosse Zahl von Einzelbestimmungen in Tit. VII und den folgenden, die ein Recht zum Rücktritt im Sinne des *Code civ.* 1184 geben, d. h. ohne den Verzug einer Partei vorauszusetzen. Wegen nicht gehöriger Erfüllung eines Kaufvertrages durch den Verkäufer, bei Mängeln der Waare, hat der Käufer ein Rücktrittsrecht¹⁾ (Art. 241, Art. 242, Art. 249 bis 256); sehr enge an dieses schliesst sich das Rücktrittsrecht des Mieters wegen Mängeln der Mietsache an (Art. 277); vertragswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Mieter ist für den Vermieter ein Grund zur Auflösung des Vertrages (Art. 283, 313). Der Unternehmer, der einen verabredeten Preisansatz überschreitet, erfüllt den Vertrag nicht gehörig, deshalb darf der Besteller ihn aufheben (Art. 366). Und zu den wichtigen Gründen, welche laut Art. 547, 572, 576, 611 zur Aufhebung eines Gesellschaftsvertrags berechtigen, gehört wohl in erster Linie das vertragswidrige Handeln eines Gesellschafters.

Weist dies alles nicht auf das allgemeinere Princip des *Code civ.* hin, welches so wenigstens praktisch zur Geltung gelangt? Kann

¹⁾ Die Wandelungsklage wird nach der französischen Jurisprudenz vom Gesichtspunkte des Art. 1184 aus beurteilt. S. Laurent, Princ. XXIV, No. 234—92.

man nicht von allen zweiseitigen Verträgen zurücktreten, *pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement*? Eine Auslegung des Begriffes „Verzug“, wie sie das in § 6 zitierte Urteil zeigt, dürfte unsere Praxis bald dazu führen. Damit würde sie aber vom Gesetze abweichen. Vielleicht wäre es wünschenswert, dass das O.-R. den Grundsatz des *Code civ.* voll und ganz aufgenommen hätte,²⁾ statt auf halbem Wege stehen zu bleiben und ihn auf eine Art der nicht gehörigen Vertragserfüllung zu beschränken

Da die Praxis das Gesetz nicht ändern darf und kann, sondern vielmehr demselben folgen muss, wird der Richter nach Massgabe der Art. 122 und 125 einer Partei nur dann erlauben, von einem Vertrage zurückzutreten, wenn wirklich Verzug, nicht nur ungehörige Erfüllung in anderer Richtung vorliegt; und die Praxis allein wird endgültig über Wert und Bedeutung dieses Teiles des O.-R. entscheiden, wie über die Angriffe, welche die Kritik auf dieselben gemacht hat.

²⁾ Ueber die Tragweite der Art. 1184 *Code civ.* siehe:

Dalloz, *Jurisprudence* tome 33, No. 1244 ss.

Dalloz, *Recueil*, enthält fast in jedem Bande Urteile über diesen Artikel.
Laurent, *principes* XVII, No. 122—170.

Thesen.

1. Nach deutschem gemeinem Recht kann aus einer *cautio indiscreta* nicht geklagt werden.

2. Die Mark- und Allmeindgenossenschaften des deutschen Rechts sind Korporationen, an deren Eigentum den Mitgliedern *jura in re aliena* zustehen.

3. Nach dem eidgenössischen Obligationenrecht wird die Verjährung einer Solidarschuld durch Anerkennung (z. B. Zinszahlung) von Seite eines Schuldners gegen die übrigen Solidarschuldner nicht unterbrochen.

4. Der Check des Obligationenrechts ist weder acceptabel noch duplicabel.

5. Die „Busse“ des deutschen Strafgesetzbuches umfasst zugleich strafrechtliche und civilrechtliche Folgen der Beleidigung.

6. Der Bund allein ist souverain, die Kantone sind es nicht.

7. Die moderne Entwicklung des internationalen Strafrechts verlangt die Anerkennung des *forum delicti commissi* als regelmässigen Gerichtsstand, also Auslieferung der eigenen Staatsangehörigen.

Thesen

1. Nach demselben Grundsatz, dass die Natur der Dinge nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt ist, so ist die Natur der Dinge auch unabhängig von unserer Erkenntnis.
2. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
3. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
4. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
5. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
6. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
7. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
8. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
9. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.
10. Die Natur der Dinge ist nicht durch unsere Erkenntnis, sondern durch sich selbst bestimmt.

Schindler, Fridolin,

Über das Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Schuldverträgen nach Art. 122 -
125 des eidgenössischen Obligationen-Rechtes

Zürich 1886

J.rel. 1384

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11636892-2